شرح الروض المربع

لِلعَلَّامَة

أبي السعادات منصور بن يونس البهوتي الحنبلي

رحمه الله المتوفى سنة ١٠٥١هـ





لفضيلة الشيخ

أ. د. خالد بن علي المشيقح

أستاذ الفقه في كلية الشريعة بجامعة القصيم

الروض

المجلد السابع

من باب الرهن إلى نهاية باب اللقيط

طبع بتمويل

دار الأمل

ترابًا لمباركه عبد العزيز الهادي رحمه الله

وبذرية محمد الحسيني حفظهما الله ورعاهما



شرح

الروض المربع

٧

الْمَوْقِعُ الرَّسْمِيُّ

أبو عبد الرحمن

عمرو بن هيمان بن نصر الدين بن محمد توفيق

المصري السلفي الأثري

ح دار اطلس الخضراء ، ١٤٤٤هـ
فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر
المشيقح ، خالد علي محمد
شرح الروض المربع ١-١٠. / خالد علي محمد المشيقح - ط١. -
الرياض ، ١٤٤٤هـ /١٠مج.
٧١٦ ص ؛ ١٧*٢٤ سم
ردمك: ٢-٦٩-٨٣٥٦-٦٠٣-٩٧٨ (مجموعة)
ردمك: ٠-٧٦-٨٣٥٦-٦٠٣-٩٧٨ (ج٧)
١- الفقه الحنبلي أ.العنوان
ديوي ٢٥٨,٤ ١٤٤٤/٣٦٤٣

رقم الإيداع: ١٤٤٤/٣٦٤٣
ردمك: ٢-٦٩-٨٣٥٦-٦٠٣-٩٧٨ (مجموعة)
ردمك: ٠-٧٦-٨٣٥٦-٦٠٣-٩٧٨ (ج٧)



ركائز للنشر والتوزيع

دار ركائز للنشر والتوزيع

rakaez.kw@gmail.com @dar_rakaezkw
+٩٦٥ ٥٠٦٧٤٥٣٣

الطبعة الأولى

١٤٤٤هـ - ٢٠٢٢م

توزيع

دار أطلس الخضراء للنشر والتوزيع

المملكة العربية السعودية - الرياض
هاتف: ٤٢٦٦١٠٤ / ٤٢٦٦٩٦٣، فاكس: ٤٢٥٧٩٠٦
DARATLAS @dar_atlas dar-atlas@hotmail.com

شرح الروض المربع

للعلامة

أبي السعادات منصور بن يونس البهوتي الحنبلي

رحمه الله المتوفى سنة ١٠٥١هـ

لفضيلة الشيخ



أ.د. خالد بن علي المشيقح

أستاذ الفقه في كلية الشريعة بجامعة القصيم

المجلد السابع

من باب الرهن إلى نهاية باب اللقيط



طبع بتمويل
دار الأمل
وقفاً لمبارك عبد العزيز الشاوي رحمه الله
وبدرية محمد الشثري حفظها الله ووالديهما



الْمَوْقِعُ الرَّسْمِيُّ
أبو عبد الرحمن
عمرو بن هيمان بن نصر الدين بن محمد توفيق
المصري السلفي الأثري

(بَابُ الرَّهْنِ)(١)

هو لغةً: الثُّبوتُ والدوامُ(٢)، يقالُ: ماءٌ راهنٌ، أي: راكِدٌ، ونِعْمَةٌ راهنةٌ، أي: دائمةٌ.

---

(١) أي: هذا بابٌ يذكر فيه الرَّهن وأحكامه، وما يتعلَّق به.

(٢) ويأتي بمعنى الحبس، ومنه قوله تعالى: ﴿كُلُّ ٱمۡرِيِٕۭ بِمَا كَسَبَ رَهِينٞ﴾، أي: محبوسٌ.

ويطلق أيضًا على العين المرهونة، وجمعه: رُهونٍ.

وفي المصباح ١/ ٢٤٢: (رهن الشَّيءُ يرهن رهونًا ثبت ودام، فهو راهنٌ ويتعدَّى بالألف، فيقال: أرهنته إذا جعلته ثابتًا، وإذا وجدته كذلك أيضًا، ورهنته المتاع بالدَّين رهنًا: حبسته به، فهو مرهونٌ، والأصل مرهونٌ بالدَّين، فحذف للعلم به، وأرهنته بالدَّين بالألف لغةٌ قليلةٌ، ومنعها أكثر). [انظر: مقاييس اللُّغة ٢/ ٤٥٢، المصباح ١/ ٢٤٢].

وفي الاصطلاح: عند الحنفيَّة: حبس شيءٍ بحقٍّ يمكن استيفاء الحقِّ من ذلك الشَّيء.

وعند المالكيَّة: مالٌ قبض توثُّقًا به في دَينٍ.

وعند الشَّافعيَّة: جعل عين مالٍ وثيقةً بدَينٍ يستوفى منها عند تعذُّر وفائه. [انظر: مجمع الأنهر٢/ ٦٠٠، شرح الخرشيِّ ٥/ ٢٣٦، تحفة المحتاج٥/ ٥٤].

وفي الشَّرح الصَّغير٣/ ٣٠٤، تحفة المحتاج ٥/ ٥١: (أركانه أربعةٌ: عاقدٌ من راهنٍ ومرتهِنٍ، ومرهونٌ وهو المال المبذول).

وعند الحنفيَّة: الرُّكن الصِّيغة (الإيجاب والقبول).

وشرعًا: تَوْثِقَةُ دَيْنٍ بعَيْنٍ[١] يُمكِنُ استيفاؤه مِنها[٢] أو مِن ثمنِها[٣].

وهو جائزٌ بالإجماعِ[٤].

(١) وظاهر كلام المؤلِّف: عدم صحَّة جعل الدَّين رهنًا، وكذا المنافع.

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٢/ ٣٥٩: (فوائد: إحداها: الرَّهن عبارةٌ عن تَوْثِقة دَينٍ بعينٍ يمكن أخذه من ثمنها إن تعذَّر الوفاء من غيره، قال الزَّركشيُّ: تَوْثِقَة دَينٍ بعَينٍ أو دَينٍ على قولٍ)، وكذا المنافع.

(٢) إذا كانت من جنس الدَّين، الدَّين دراهم، والرَّهن دراهم.

(٣) إذا لم تكن من جنس الدَّين، الدَّين دراهم، والرَّهن شعيرٌ.

(٤) الإجماع لابن المنذر ص ١٢٢.

قال ابن قدامة في الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٣٦٢: (وأجمع المسلمون على جواز الرَّهن في الجملة).

وجوازه بالكتاب: قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾.

ومن السُّنَّة: حديث عائشة ﵂ «أنَّ رسول الله ﷺ اشترى من يهوديٍّ طعامًا ورهنه درعه»، متَّفقٌ عليه.

ومن النَّظر: في تبيين الحقائق ٦/ ٦٢: (ولأنَّه وثيقةٌ في جانب الاستيفاء فيجوز كما تجوز الوثيقة في جانب الوجوب وهي الكفالة والحوالة، والجامع أنَّ الحاجة إلى الوثيقة ماسَّةٌ من الجانبين، فإنَّ المستدين قلَّما يجد من يدينه بلا رهنٍ، والدَّائن يأمن بالرَّهن من التَّوى بالجحود أو بإسراف المدين في ماله بحيث لم يبقَ منه شيءٌ، أو بمحاصَّة غيره من الغرماء، فكان فيه نفعٌ لهما، كما في الكفالة والحوالة فشرع).

فرعٌ: قال في الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٣٦٢: (ويجوز الرَّهن في الحضر كجوازه في السَّفر، قال ابن المنذر: لا نعلم أحدًا خالف في ذلك إلَّا

ولا يصحُّ بدونِ إيجابٍ وقبولٍ، أو ما يَدلُّ عليهما(١).

مجاهدًا، قال: ليس الرَّهن إلَّا في السَّفر؛ لأنَّ الله تعالى شرط السَّفر في الرَّهن بقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾.

ولنا: أنَّ النَّبيَّ ﷺ «اشترى من يهوديٍّ طعامًا ورهنه درعه»، وكانا بالمدينة، ولأنَّها وثيقةٌ تجوز في السَّفر فجازت في الحضر كالضَّمان.

فأمَّا ذكر السَّفر فإنَّه خرج مخرج الغالب؛ لكون الكاتب يعدم في السَّفر غالبًا، ولهذا لم يشترط عدم الكاتب وهو مذكورٌ في الآية.

وهو غير واجبٍ لا نعلم فيه مخالفًا؛ لأنَّه وثيقةٌ بالدَّين فلم يجب كالضَّمان والكتابة، وقول الله تعالى ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ إرشادٌ لنا، لا إيجابٌ علينا، بدليل قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ﴾، ولأنَّه أمر به عند إعواز الكتابة وهي غير واجبةٍ فكذا بدلها) اهـ. [وانظر: تفسير الطَّبريِّ ٣/ ٩٢].

وعند ابن حزمٍ: يجوز في السَّفر عند عدم الكاتب، ويجوز في الحضر على أن لا يُشترط في العقد؛ ولا يجوز إلَّا في عقد الدَّين؛ لظاهر الآية.

ونوقش: بأنَّ الآية محمولةٌ على الغالب، وما كان قيدًا أغلبيًّا لا مفهوم له.

(١) أي: ينعقد بالصِّيغة القوليَّة، وينعقد بكلِّ ما يدلُّ على الرِّضا كالمعاطاة، والإشارة المفهومة والكتابة، وهذا هو المذهب، ومذهب المالكيَّة، كسائر العقود، ولم يزل المسلمون يتعاملون في عقودهم بالمعاطاة، وتقدَّم في أحكام البيع خلاف العلماء في انعقاد العقود بالمعاطاة.

وعند الشَّافعيَّة: لا ينعقد إلَّا بإيجابٍ وقبولٍ قوليَّين كالبيع، ولأنَّه عقدٌ ماليٌّ فافتقر إليهما، ولأنَّ الرِّضا أمرٌ خفيٌّ فجعلت الصِّيغة دليلًا على الرِّضا فلم ينعقد بالمعاطاة ونحوها. [انظر: حاشية ابن عابدين ٥/ ٣٠٧، شرح الزُّرقانيِّ على الموطَّأ ٥/ ٢٣٢، الإنصاف ٥/ ١٣٧، كشَّاف القناع ٣/ ١٤٨].

والأقرب: أنَّه ينعقد بكلِّ ما تعارف عليه النَّاس من الصِّيغ كما تقدَّم في أوَّل كتاب البيع.

ويُعتَبرُ معرفةُ قدرِه، وجنسِه، وصفتِه[١]، وكونُ راهنٍ جائزَ التَّصرُّفِ[٢]،

---

(١) لأنَّه عقدٌ ماليٌّ فاشترط العلم به، وجعل وثيقةً بحقٍّ ولا يحصل التَّوثيق بدون معرفته.

(٢) وهو البالغ العاقل الحرُّ الرَّشيد، وتقدَّم في أوَّل كتاب البيع/ شروط صحَّة البيع.

وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: لا يصحُّ رهن الصَّبيِّ؛ لأنَّه عقدٌ ماليٌّ فلم يصحَّ إلَّا من أهله.

وعند الحنفيَّة: أنَّ الصَّبيَّ المأذون له يجوز له الرَّهن والارتهان؛ لأنَّ الرَّهن من توابع التِّجارة فيملكه من يملك التِّجارة.

وعند المالكيَّة: شرط الرَّاهن أن يكون فيه أهليَّة صحَّة البيع، فلا يصحُّ من صبي لا تمييز له، ويصحُّ من المميِّز إذا كان مشروطًا في عقد بيعٍ أو قرضٍ، أمَّا بعد العقد فلا يصحُّ؛ لأنَّه تبرّعٌ وهو ليس من أهل التَّبرُّع.

* العاقل: فلا يصحُّ من مجنونٍ، ولا نائمٍ، ولا مغمًى عليه، ولا سكران، وتقدَّم في كتاب البيع.

* الرَّشيد: يخرج السَّفيه.

المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: لا يصحُّ رهن السَّفيه مطلقًا؛ لأنَّ الرَّهن تبرُّعٌ فلا يملكه السَّفيه، وكذا لا يملكه بإذن الوليِّ لأنَّ الوليَّ لا يملكه.

وعند أبي حنيفة: يصحُّ رهن السَّفيه؛ لأنَّه لا يرى الحجر على السَّفيه.

وعند المالكيَّة: إن كان الرَّهن مشروطًا في صلب العقد يصحُّ بإذن الوليِّ، وإن لم يكن مشروطًا في صلب العقد لم يصحَّ، وإن أذن له الوليُّ لأنَّه تبرُّعٌ، والسَّفيه لا يملكه.

ارتهان السَّفيه: عند الحنابلة، والمالكيَّة، والحنفيَّة: يجوز للسَّفيه أن يرتهن بإذن وليِّه بأن يأخذ رهنًا بدَينٍ على شخصٍ؛ لأنَّ الارتهان من توابع التِّجارة فيملكه من يملك التِّجارة.

مالِكًا للمرهونِ، أو مأذونًا له فيه(١).

و(**يَصِحُّ**) الرهنُ (**فِي كُلِّ عَيْنٍ يَجُوزُ بَيْعُهَا**)؛ لأنَّ القصدَ منه الاستيثاقُ بالدَّينِ، ليتوصَّلَ إلى استيفائِه مِن ثمنِ الرهنِ عندَ تعذُّرِه مِن الراهنِ، وهذا

وعند الشَّافعيَّة: لا يجوز ارتهان السَّفيه؛ لأنَّه ليس من أهل التَّبرُّع.

* رهن المفلس:

المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: لا يجوز؛ لأنَّه تبرُّعٌ.

وعند الحنفيَّة: أنَّه موقوفٌ فإن فضل ذلك من الدَّين؛ لارتفاع القيمة، أو إبراء الغرماء أو بعضهم كان نافذًا، وإلَّا لغا؛ لأنَّ الحجر لمصلحة الغرماء في إيفاء ديونهم، فإن تبيَّن أنَّه مضرٌّ بمصلحتهم بطل، وإلَّا لم يبطل.

وعند المالكيَّة يجوز بشروطٍ:

أن يكون المرهون بعض ماله، وأن يكون في معاملةٍ حدثت بعد إحاطة الدَّين، وأن يكون اشترط في تلك المعاملة، وأن يكون الرَّهن لمن لا يتَّهم عليه، وأن يكون الرَّاهن صحيحًا لا مريضًا، وأن يصيب في وجه الرَّهن بأن لا يرهن كثيرًا في قليلٍ.

* المختار: يخرج المكره، فلا يصحُّ رهنه - وتقدَّم في البيع -؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾.

أن يكون للعاقد ولاية العقد: وعلى هذا يخرَّج رهن الفضوليِّ- وتقدَّم في البيع -. [انظر: بدائع الصَّنائع ٥/ ١٣٥، شرح الخرشيِّ ٥/ ٢٣٦، نهاية المحتاج ٤/ ٢٣٦، كشَّاف القناع ٣/ ٣٢٢].

(١) كما لو استعار أو استأجر شيئًا ليرهنه فيصحُّ، ويأتي بحثه عند قول المؤلِّف: (ولو استعار شيئًا ليرهنه جاز . . .).

مُتحقِّقٌ في كلِّ عَيْنٍ يجوزُ بيعُها[١]، ....

(١) فقوله: (عينٍ)، أخرج المنافع والدُّيون فلا يصحُّ رهنها على المذهب، وتقدَّم في أوَّل باب الرَّهن.

ما يكون رهنًا:

الأعيان: فالمذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: أنَّ كلَّ ما جاز بيعه جاز رهنه؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند المالكيَّة: يصحُّ جعل الدَّين ووثيقة الدَّين رهنًا؛ لأنَّه يجوز بيعها، وبيع ما فيها من الدَّين، ويجوز رهن ما يصحُّ بيعه، ورهن ما فيه غررٌ يسيرٌ كبعيرٍ شاردٍ، وثمرٍ لم يبدُ صلاحه؛ لأنَّ المرتهن دفع ماله وثيقةً فساغ أخذه بما فيه غررٌ، بخلاف ما فيه غررٌ شديدٌ كالجنين وزرعٍ لم يخلق.

وعند الحنفيَّة: يشترط في المرهون ما يلي:

أن يكون مقسومًا، فلا يجوز رهن المشاع.

أن يكون مفرَّغًا عن ملك الرَّاهن، فلا يجوز رهن مشغولٍ بحقِّ الرَّاهن كدار فيها متاعه.

أن يكون مميَّزًا، فلا يجوز رهن المتَّصل بغيره اتِّصال خلقةٍ كالثَّمر على الشَّجر؛ لأنَّ المرهون متَّصلٌ بغير المرهون خلقةً فكان كالشَّائع.

رهن الدَّين له صورتان:

أن يرهنه لدى من هو عليه، كأن يكون لمحمَّدٍ على خالدٍ دَينٌ فيشتري محمَّدٌ من خالدٍ سلعةٍ إلى أجلٍ، ويجعل دَينه رهنًا.

أن يرهن الدَّين من غير المدين، وذلك بأن يرهن خالدٌ دَينه الَّذي على محمَّدٍ لدى عليٍّ، وقد اتَّفقوا على صحَّة رهن الدَّين في غير الابتداء، وذلك كما لو آل المرهون بعد القبض دَينًا في ذمَّة متلفه، واختلفوا في جوازه في الابتداء: فالمذهب، وهو مذهب الحنفيَّة، والشَّافعيَّة: لا يجوز.

لقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٞ﴾، فالله وصف الرَّهن بكونه مقبوضًا، فلا

(حَتَّى الـمُكَاتَبِ)[١]؛ لأنَّه يجوزُ بيعُه، ويُمَكَّنُ مِن الكَسْبِ[٢]، وما يؤدِّيه مِن النُّجومِ رهنٌ معه[٣]، وإن عَجَز ثَبَت الرهنُ فيه وفي كسبِه، وإن عَتَق بقِيَ ما أدَّاه

يصحُّ بدون القبض، ولأنَّ الرَّهن وثيقةٌ بالدَّين، والدَّين لا يصلح أن يكون وثيقةً للمرتهن؛ لاحتمال أن يجحده المدين، ففيه غررٌ.

وعند المالكيَّة: يجوز مطلقًا لكن لا بدَّ من قبض وثيقة الدَّين، وأن يكون أجل دين الرَّهن مثل أجل الدَّين الَّذي فيه رهن، أو أبعد منه؛ لأنَّ الدَّين يجوز بيعه فيجوز رهنه. [انظر: الهداية ٤/١٢٦، حاشية الطَّحطاوي ٤/٢٣٥، شرح الزَّرقانيِّ ٥/٢٣٧، بلغة السَّالك ٢/١٠٩، تحفة المحتاج ٥/٥٤، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٢/٣٦٥].

وفي الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٢/٣٦٨: (يجوز رهن ما يسرع إليه الفساد بدَين حالٍّ ومؤجَّلٍ؛ لأنَّه يمكن إيفاء الدَّين من ثمنه أشبه الثَّوب سواءٌ كان ممَّا يمكن تجفيفه كالعنب، أو لا يمكن كالبطِّيخ، فإن كان ممَّا يجفَّف فعلى الرَّاهن تجفيفه؛ لأنَّه من مؤنة حفظه . . .، وإن كان ممَّا لا يجفف فإنَّه يباع ويقضى الدَّين من ثمنه إن كان حالًّا أو يحلُّ قبل فساده، وإن لم يحلَّ قبل فساده فشرطا بيعه وجعل ثمنه رهنًا فعلا ذلك، وإن أطلق العقد فذكر القاضي فيه وجهين:

أحدهما: لا يصحُّ؛ لأنَّه بيع الرَّهن قبل حلول الحقِّ.

والثَّاني: يصحُّ وهو الصَّحيح؛ لأنَّ العرف يقتضي ذلك؛ لكون المالك لا يعرض ملكه للتَّلف. . .) اهـ.

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف.

والقول الثَّاني: لا يصحُّ رهنه إذ يشترط استدامة القبض في الرَّهن، جزم به ابن قدامة في المقنع، وصحَّحه في المغني. [انظر: المصدر السَّابق].

ويأتي أنَّ استدامة القبض ليست شرطًا في الرَّهن.

(٢) لأنَّه ملك ذلك بالكتابة وهي سابقةٌ على الرهن.

(٣) لأنَّه كنمائه. [انظر: كشَّاف القناع ٣/٣٢١].

رهنًا[١]، ولا يصحُّ شرطُ منعِه مِن التَّصرُّفِ[٢].

والمعلَّقُ عِتْقُهُ بصفةٍ إنْ كانت تُوجَدُ قبلَ حلولِ الدَّيْنِ؛ لم يصحَّ رهنُه، وإلا صحَّ[٣].

ويصحُّ الرهنُ **(مَعَ الحَقِّ)**[٤]؛ بأن يقولَ: بِعتُكَ هذا بعشرةٍ إلى شهرٍ تَرْهَنُني بها عبدَكَ هذا، فيقولَ: اشتريت منك ورهنتُه؛ لأنَّ الحاجةَ داعيةٌ لجوازِه إذًا[٥].

(وَ) يصحُّ **(بَعْدَهُ)**، أي: بعدَ الحقِّ بالإجماعِ[٦].

---

(١) كمن مات بعد كسبه. [انظر: المصدر السَّابق].

(٢) حتَّى لا يعتق؛ لمخالفته لمقتضى عقد الكتابة.

(٣) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٢٢: (فأمَّا الرَّقيق المعلَّق عتقه بصفةٍ بأن قال له سيِّده: إذا جاء وقت كذا فأنت حرٌّ، فإن كانت الصِّفة توجد قبل حلول الدَّين لم يصحَّ رهنه؛ لعدم إمكان بيعه عند حلوله، وإلَّا بأن لم توجد قبل حلوله صحَّ رهنه لإمكان بيعه، وإن كانت الصِّفة تحتمل الأمرين، أي: الوجوب قبل حلول الدَّين وبعده، كأن علَّق عتقه بقدوم زيدٍ صحَّ رهنه أيضًا كالمدبَّر والمريض).

(٤) أي: في صلب العقد.

(٥) وفي الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٣٦٤: (لأنَّ الحاجة داعيةٌ إلى ثبوته، فإنَّه لو لم يعقده مع ثبوت الحقِّ ويشترطه فيه لم يتمكَّن من إلزام المشتري، وكانت الخيرة للمشتري، والظَّاهر أنَّه لا يبذله فتفوت الوثيقة).

(٦) حكاه صاحبا «المغني» و«الشَّرح الكبير». [انظر: المغني ٦/ ٤٤٤، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٣٦٤].

لأنَّ الله تعالى قال: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، فجعله الله بدلًا عن الكتابة فيكون في محلِّها، ومحلُّها بعد وجوب الحقِّ؛ ولأنَّه

ولا يجوزُ قبلَه[١]؛ لأنَّه وثيقةٌ بحقٍّ، فلم يجزْ قبلَ ثبوتِه، ولأنَّه تابعٌ للحقِّ فلا يسبِقُه.

ويُعتبرُ أن يكونَ (بِدَيْنٍ ثَابِتٍ)[٢] ....

دَينٌ ثابتٌ تدعو الحاجة إلى الوثيقة به، فجاز أخذها به كالضَّمان. [انظر: المصدر السَّابق].

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند الحنفيَّة، والمالكيَّة: يصحُّ ذلك، فلو قال: رهنتك ثوبي بعشرةٍ تقرضنيها غدًا، وسلَّمه إليه ثمَّ أقرضه الدَّراهم لزمه الرَّهن؛ لأنَّه وثيقةٌ بحقٍّ فجاز عقدها قبل وجوبه. [انظر: حاشية الطَّحطاويِّ ٤/ ٢٤٠، بلغة السَّالك ٢/ ١١٦، روضة الطَّالبين ٤/ ٥٣، كشَّاف القناع ٣/ ٣٢٢].

والأقرب: الصِّحَّة؛ إذ الأصل في المعاملات الحلُّ.

(٢) المرهون - ما يؤخذ الرَّهن عليه -:

الدَّين: باتِّفاق الأئمَّة يصحُّ أخذ الرَّهن على الدَّين على اختلافٍ في بعض التَّفاصيل.

المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: يصحُّ أخذ الرَّهن على كلِّ دَينٍ ثابتٍ.

وفي تحفة المحتاج: (لا يصحُّ الرَّهن بما ليس بثابتٍ، سواء وجد سبب وجوبه كنفقة زوجته في الغد، أم لا كرهنه على ما سيقرضه أو سيشتريه).

وعند الحنفيَّة: يجوز أخذ الرَّهن بعوض القرض وإن كان قبل ثبوته، بأن يرهنه ليقرضه مبلغًا من النُّقود في الشَّهر القادم، فإن هلك الرَّهن في يد المرتهن كان مضمونًا بما وعد من الدَّين.

وعند المالكيَّة: يشترط في المرهون فيه: أن يكون دَينًا، احترازًا من الأمانة، فلا يجوز أن تدفع وديعةً أو قراضًا وتأخذ به رهنًا، ويشترط فيه أيضًا: أن يكون في الذِّمَّة، احترازًا من المعيَّنات ومنافعها؛ لأنَّ الذِّمَّة لا تقبل

أو مآلُهُ إليه[١]، حتى على عَيْنٍ مضمونةٍ[٢]؛ كعاريَّةٍ، ....

المعيَّنات، وأمَّا أخذ رهن على أن يستوفي من ثمنه قيمة المعيَّن أو قيمة منفعته فذلك جائزٌ؛ لأنَّ قيمة ذات المعيَّن وقيمة منفعته في الذِّمَّة.

(١) الرَّهن بالمنفعة، وصورة ذلك: أن يستأجر شخصٌ دابَّةً في عملٍ، ويعجِّل له الأجرة، أو تكون في ذمَّته مثلًا، ثمَّ يأخذ منه رهنًا على المنفعة، وأنَّه إن لم يفعل يباع الرَّهن، ويحصل المنتفع على المنفعة، وهذا جائزٌ باتِّفاق الأئمَّة للعموم، لكن لا يجوز أن يأخذ رهنًا على منفعة عَينٍ بعينها كأن يرهن منفعة دارٍ معيَّنةٍ.

(٢) الأعيان، المذهب: يصحُّ أخذ الرَّهن على الأعيان المضمونة، كالمغصوب والعواريّ، والمقبوض على وجه السَّوم، والمقبوض بعقدٍ فاسدٍ؛ لأنَّ المقصود من الرَّهن الوثيقة بالحقِّ وهو حاصلٌ، فإنَّ الرَّهن بهذه الأعيان يحمل الرَّاهن على أدائها، فإن تعذَّر أداؤها استوفي بدلها من ثمن الرَّهن فأشبهت ما في الذِّمَّة.

وعند الحنفيَّة: يجوز الرَّهن بالأعيان المضمونة بعينها كالمغصوبة، وبدل الخلع والصَّداق وبدل الصُّلح عن دمٍ؛ لأنَّ الضَّمان متقرِّرٌ، فإنَّه إن كان قائمًا وجب تسليمه، وإن كان هالكًا تجب قيمته فكان رهنًا بما هو مضمونٌ، وأمَّا الأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع، والأمانات الشَّرعيَّة كالودائع والعواريّ والمضاربات ومال الشَّركة فلا يجوز أخذ الرَّهن بها.

وعند المالكيَّة: لا يجوز أخذ الرَّهن على الأعيان، وقيَّده بعض المالكيَّة إذا كانت حاضرةً، ولا يجوز إن كانت غائبةً.

وعند الشَّافعيَّة: لا يجوز أخذ الرَّهن بالأعيان المضمونة؛ لأنَّ الله ذكر الرَّهن في المداينة فلا يثبت في غيرها. [انظر: مجمع الأنهر ٢/ ٦٠٠، شرح الخرشيِّ ٥/ ٢٣٦، تحفة المحتاج ٥/ ٥٥].

والأقرب: صحَّة أخذ الرَّهن بالأعيان المضمونة كالدَّين، وإن لم تكن مضمونةً يصحُّ أخذ الرَّهن في حال التَّعدِّي أو التَّفريط، والله أعلم.

ومقبوضٍ بعقدٍ فاسدٍ[١]، ونَفعِ إجارةٍ في ذمةٍ[٢]، لا على دَيْنِ كتابةٍ[٣]، أو ديَةٍ على عاقلةٍ قبلَ الحولِ[٤]، ولا بعهدةِ مَبيعٍ[٥] وثمنٍ وأُجرةٍ مُعَيَّنَيْنِ، ونَفعِ نحوِ دارٍ مُعينةٍ[٦].

(وَيَلْزَمُ) الرهنُ بالقبضِ **(فِي حَقِّ الرَّاهِنِ فَقَط)**؛ لأنَّ الحظَّ فيه لغيرِه، فلزِمَ مِن جهتِه؛ كالضمانِ في حقِّ الضامِنِ.

(وَيَصِحُّ رَهْنُ المُشَاعِ)[٧]؛ لأنَّه يجوزُ بيعُه في محلِّ الحقِّ، ثم إن رضِيَ

---

(١) وهو ما اختلَّ فيه شرطٌ من شروط البيع.

(٢) كمن استؤجر لبناء دارٍ ونحو ذلك، فإنَّه إذا لم يعمله الأجير بيع الرَّهن، واستؤجر منه من يعمله.

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة، فلا يصحُّ أخذ الرَّهن على المكاتب؛ لأنَّ له أن يعجِّز نفسه أو يعجز.

(٤) لعدم ثبوته؛ لأنَّ العاقلة قد تموت أو يصيبها جنونٌ ونحو ذلك، قبل الحول فلا يلزمها شيءٌ، وبعد الحول يصحُّ لوجوبه إذًا. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٣٢٤].

(٥) أي: تبعة مبيعٍ، أي: إذا كان المبيع مستحَقًّا أو معيبًا؛ لأنَّ البائع إذا وثق على عهدة المبيع، فكأنَّه لم يقبض الثَّمن، ولا ارتفق به، وليس له حدٌّ ينتهي إليه فيعمُّ ضرره بمنع البائع التَّصرُّف فيه. [انظر: المصدر السَّابق].

(٦) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٢٥: (ولا يصحُّ أخذ الرَّهن بعوضٍ غير ثابتٍ في الذِّمَّة، كثمنٍ معيَّنٍ وأجرةٍ معيَّنةٍ في إجارةٍ ومعقودٍ عليه فيها أي: الإجارة إذا كان منافع عينٍ معيَّنةٍ كدارٍ معيَّنةٍ، وعبدٍ معيَّنٍ ودابَّةٍ معيَّنةٍ لحمل شيءٍ معيَّنٍ إلى مكانٍ معلومٍ؛ لأنَّ الذِّمَّة لم يتعلَّق بها في هذه الصُّور حقٌّ واجبٌ ولا يؤول إلى الوجوب؛ لأنَّ الحقَّ في أعيان هذه الأشياء، وينفسخ عقد الإجارة عليها بتلفها) اهـ.

(٧) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة، لما علَّل به المؤلِّف،

الشَّريكُ والمرتهِنُ بكونِه في يدِ أحدِهما أو غيرِهما جازَ[١]، وإن اختلفا جَعَلَه حاكمٌ بيدِ أمينٍ أمانةً أو بأجرةٍ[٢].

(وَيَجُوزُ رَهْنُ المَبِيعِ) قبلَ قبضِه[٣] (غَيْرِ المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ) والمذروعِ والمعدودِ[٤] (عَلَى ثَمَنِهِ وَغَيْرِهِ)، عندَ بائعِه وغيرِه؛ لأنَّه يصحُّ بيعُه، بخلافِ

ولأنَّه لا ضرر على الشَّريك؛ لأنَّه يتعامل مع المرتهن كما يتعامل مع الرَّاهن.

وعند الحنفيَّة: لا يصحُّ رهن المشاع؛ لعدم كونه مميَّزًا، وموجب الرَّهن الحبس الدَّائم ما بقي الدَّين، وبالمشاع يفوت الدَّوام؛ لأنَّه لا بدَّ من المهايأة، فيصير كأنَّه قال: رهنتك يومًا دون يومٍ. [انظر: حاشية ابن عابدين ٥/ ٣١٥، حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٥٠٧، روضة الطَّالبين ٤/ ٣٨، كشَّاف القناع ٣/ ٣٢٦].

(١) لأنَّ الحقَّ لا يَعْدُوهما، وفي كشَّاف القناع ٣/ ٣٢٦: (ثمَّ إن كان المرهون بعضه ممَّا لا ينقل كالعقار خلَّى الرَّاهن بينه وبينه، وإن لم يحضر الشَّريك ولم يأذن؛ إذ ليس في التَّخلية بينه وبينه تعدٍّ على حصَّة الشَّريك، وإن كان ممَّا ينقل كالثِّياب والبهائم فرضي الشَّريك والمرتهن بكونه في يد أحدهما أو غيرهما جاز).

(٢) لأنَّ أحدهما ليس أَولى به من الآخر، ولا يمكن جمعهما فيه، فتعيَّن ذلك.

(٣) لجواز بيعه على المذهب، وتقدَّم في كتاب البيع.

(٤) وكذا ما بِيعَ بوصفٍ أو رؤيةٍ متقدِّمةٍ؛ لعدم جواز بيعه قبل قبضه وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفيَّة، والشَّافعيَّة: لا يصحُّ رهن المكيل ونحوه قبل قبضه؛ لما علَّل به المؤلِّف، ولقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٞ﴾.

ونوقش: بأنَّ المراد: أنَّ القبض آكد في الاستيثاق.

وعند المالكيَّة: يصحُّ رهن المكيل ونحوه قبل قبضه، واختاره شيخ الإسلام؛ قياسًا على جواز رهن المبيع غير المكيل ونحوه قبل قبضه، وقياسًا

المكيلِ ونحوِه(١)؛ لأنَّه لا يصحُّ بيعُه قبلَ قبْضِهِ، فكذلك رهنُه.

(**وَمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ**)، كالوقفِ وأمِّ الولدِ(٢)، (**لَا يَصِحُّ رَهْنُهُ**)؛ لعدمِ حصولِ مقصودِ الرهنِ منه(٣)، (**إِلَّا الثَّمَرَةَ وَالزَّرْعَ الأَخْضَرَ قَبْلَ بُدُوِّ صَلَاحِهِمَا بِدُونِ شَرْطِ القَطْعِ**)(٤)، فيصحُّ رهنُهما مع أنَّه لا يصحُّ بيعُهُما بدونِه(٥)؛ لأنَّ النَّهي عن البيعِ لعدمِ الأَمنِ مِن العاهةِ(٦)؛ ولهذا أُمِر بوضْعِ الجوائحِ(٧)،

على التَّصرُّف في الدَّين قبل قبضه، وعلى التَّصرُّف في منافع الإجارة قبل قبضها، وإنَّما لم يجز بيعه؛ لأنَّه يفضي إلى ربح ما لم يضمن. [انظر: قواعد ابن رجبٍ، القاعدة ٥٢، الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٢/ ٣٧٦].

(١) من موزونٍ ومعدودٍ ومذروعٍ، وما بِيعَ بصفةٍ أو رؤيةٍ متقدِّمةٍ.

(٢) وكالكلب، والمجهول، والعين المرهونة.

(٣) أي: باستيفاء الدَّين من ثمنه عند التَّعذُّر.

وتقدَّم قريبًا خلاف أهل العلم فيما يصحُّ رهنه، وما لا يصحُّ رهنه.

(٤) استثناءٌ من قوله: (وما لا يجوز بيعه . . .).

(٥) أي: بدون شرط القطع في الحال، وتقدَّم بحث هذه المسألة في باب بيع الأصول والثِّمار، وهذا المذهب، وهو قول أكثر العلماء.

وعند الحنفيَّة: لا يصحُّ رهن الثَّمر على الشَّجر بدون الشَّجر، ولا يصحُّ رهن الزَّرع في الأرض بدون الأرض؛ لأنَّ القبض شرطٌ في الرَّهن، ولا يمكن قبض المتَّصل بغيره وحده فصار في معنى المشاع، ولا يصحُّ رهن الشَّجر أو الأرض مشغولين بالتَّمر والزَّرع دون التَّمر والزَّرع؛ لأنَّ الاتِّصال يقوم بالطَّرفين، فصار الأصل المرهون إذا كان متَّصلًا بما ليس برهنٍ لم يجز؛ لأنَّه لا يمكن قبض المرهون وحده. [انظر: مجمع الأنهر ٢/ ٦٠٠].

(٦) تقدَّم بحث ذلك في باب بيع الأصول والثِّمار.

(٧) تقدَّم بحث ذلك في باب بيع الأصول والثمار.

وبتقديرِ تلفِها لا يفوتُ حقُّ المرتهِنِ مِن الدَّيْنِ؛ لتعلُّقِه بذمَّةِ الراهِنِ(١).

ويصحُّ رهنُ الجاريةِ دونَ ولدِها، وعكسُه، ويُباعانِ، ويختصُّ المرتهِنُ بما قابَلَ الرهنَ مِن الثمنِ(٢).

(**وَلَا يَلْزَمُ الرَّهْنُ**) في حقِّ الراهِنِ (**إِلَّا بِالقَبْضِ**)(٣)؛ كقبضِ المبيعِ؛ ....

---

(١) فالغرر يقلُّ في الرَّهن؛ لاختصاصه بالوثيقة.

(٢) قال في كشَّاف القناع ٣/٣٢٨: (ويصحُّ رهن الأمة دون ولدها أو أخيها ونحوه، وعكسه أي: يصحُّ رهن ولدها ونحوه دونها، وكذا رهن الأب دون ولده، أو ولده دونه ونحوه؛ لأنَّ النَّهي عن بيع ذلك إنَّما هو لأجل التَّفريق بين ذي الرَّحم المرحوم، وذلك مفقودٌ هنا، فإنَّه إذا استحقَّ بيع الرِّهان يباعان، أي: الأمة وولدها، أو الأخوان ونحوهما، ويوفَّى الدَّين من ثمن المرهون منهما، وإن لم يف ثمنه بالدَّين فما بقي من الدَّين مرسلٌ في الذِّمَّة لا رهن به، فإذا كانت الجارية هي المرهونة دون ولدها وبيعا معًا وكانت قيمتها مائةً مع كونها ذات ولدٍ، وقيمة الولد خمسين، فحصَّتها أي: الجارية ثلث الثَّمن الَّذي بيعا به، قطع به في المغني، وصحَّح في التَّلخيص: أنَّها تقوَّم مع ولدها، وولدها معها؛ لأنَّ التَّفريق محرَّمٌ فيقوَّم كلٌّ منهما مع الآخر، قال في الرِّعاية الكبرى: وهو أولى) اهـ.

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول الحنفيَّة والشَّافعيَّة؛ لقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾.

فلو لزم عقد الرَّهن بدون قبضٍ؛ لما كان للتَّقييد به فائدةٌ، ولأنَّ النَّبيَّ ﷺ أقبض اليهوديَّ درعه، متَّفقٌ عليه.

ولأنَّه عقد إرفاقٍ يفتقر إلى القبول فافتقر إلى القبض.

وعند المالكيَّة: يلزم بالعقد لكنَّه لا يتمُّ إلَّا بالقبض ما لم يحصل مانعٌ من قبض الرَّهن، والمانع هو الموت، والجنون، والمرض المتَّصل بالموت، والفلس، ويجبر الرَّاهن على تسليم الرَّهن للمرتهن؛ لعمومات الأمر بالوفاء

لقولِه تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، ولا فرقَ بينَ المكيلِ وغيرِه(١)،

بالعقود، ولأنَّه عقدٌ يلزم بالقبض فلزم بالعقد قبله كالبيع.

وعند الشَّافعيَّة: ولو مات العاقد الرَّاهن أو المرتهن قبل القبض، أو جُنَّ، أو أغمي عليه، أو طرأ عليه حجر سفهٍ أو فَلَسٍ أو خرسٍ، ولم تبق له إشارةٌ مفهمةٌ، أو تخمَّر العصير، أو أَبَق العبد، فيقوم في الموت الوارث مقام مورثه في القبض والإقباض أو من ينظر في أمر نحو المجنون والمغمى عليه، والأخرس المذكور فيعمل فيه بالمصلحة.

وعن الإمام أحمد: أنَّ القبض ليس شرطًا في المتعيِّن فيلزم بمجرَّد العقد، وعلى هذا متى امتنع الرَّاهن من تقبيضه أجبر عليه. [انظر: حاشية ابن عابدين ٥/٣٠٨، الإشراف ٢/٢، حاشية البنَّانيِّ على شرح الزُّرقانيِّ ٥/٢٣٣، تحفة المحتاج ٥/٧٦، المغني ٦/٤٤٦، قواعد ابن رجبٍ، القاعدة ٤٩].

والأقرب: أنَّه يلزم بالقول مطلقًا؛ لعمومات الأمر بالوفاء بالعقود؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾، وما استدلَّ به الجمهور محمولٌ على الغالب، أو زيادة الاستيثاق، والله أعلم.

فرعٌ: يشترط لقبض الرَّهن عند القائلين بالقبض: الإذن بالقبض، فإن كان بيد المرتهن وديعةٌ، أو عاريَّةٌ أو غصبٌ:

فالمذهب،ومذهب المالكيَّة: لا يحتاج المرتهن إلى إذن الرَّاهن بالقبض؛ لأنَّ اليد ثابتةٌ والقبض حاصلٌ.

وعند الشَّافعيَّة أنَّ المقبوض لا يصير رهنًا إلَّا بالإذن ثمَّ مُضِيِّ مدَّةٍ يتأتَّى فيها قبضه، ووجه لزوم الإذن: أنَّه عقدٌ يفتقر لزومه إلى القبض، فافتقر إلى الإذن.

ووجه لزوم مضيِّ المدَّة: أنَّ العقد يفتقر إلى القبض، والقبض يكون بالفعل أو التَّمكُّن من الفعل.

(١) خلافًا لقول بعض الأصحاب: في غير المكيل والموزون، روايةٌ أخرى: أنَّه يلزم بمجرَّد العقد كالبيع، وقد نصَّ عليه أحمد في رواية الميمونيِّ. [انظر:

وسواءٌ كان القبضُ مِن المرتهِنِ أو مَن اتفقَا عليه.

والرهنُ قبلَ القبضِ صحيحٌ، وليس بلازمٍ؛ فللراهنِ فَسخُه والتَّصرفُ فيه[(١)]، فإن تصرَّف فيه بنحوِ بيعٍ أو عتقٍ؛ بَطَل[(٢)]، وبنحوِ إجارةٍ أو تدبيرٍ لا يَبطُلُ؛ لأنَّه لا يَمنَعُ مِن البيعِ[(٣)].

(وَاسْتِدَامَتُهُ)، أي: القبضِ (شَرْطٌ) في اللُّزومِ؛ للآيةِ، وكالابتداءِ[(٤)].

الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٣٩١].

(١) لعدم وجود شرط اللُّزوم وهو القبض عند الجمهور، وصفة قبضه كقبض مبيعٍ. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٣٣١].

(٢) ونحو ذلك ممَّا ينقل الملكيَّة، وفي كشَّاف القناع ٣/ ٣٣١: (فلو تصرَّف فيه راهنٌ قبل القبض بهبةٍ أو بيعٍ أو عتقٍ، أو جعله صداقًا أو عوضًا في خلعٍ أو طلاقٍ أو عتقٍ، أو جعله أجرةً أو جُعلًا في جِعالةٍ، ونحو ذلك ممَّا يخرج به عن ملكه، أو رهنه ثانيًا؛ نفذ تصرُّفه لعدم لزوم الرَّهن، وبطل الرَّهن الأوَّل؛ لأنَّ هذه التَّصرُّفات تمنع الرَّهن، فانفسخ بها سواءٌ أقبض الرَّاهن الهبة والبيع والرَّهن الثَّاني أم لم يقبضه) اهـ.

وهذا بناءً على القول بعدم لزوم الرَّهن إلَّا بالقبض.

(٣) ونحو ذلك من التَّصرُّفات الَّتي لا تمنع من البيع، ومثل ذلك الكتابة للعبد وتزويج الأمة. [انظر: المصدر السَّابق].

(٤) المذهب، وهو مذهب الحنفيَّة، والمالكيَّة، أنَّ استدامة القبض شرطٌ؛ لقول الله ﷻ: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٞ﴾.

وعند الشَّافعيَّة أنَّ استدامة القبض ليست شرطًا في صحَّة الرَّهن أو لزومه؛ لحديث أبي هريرة أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «لا يغلق الرَّهن من صاحبه الَّذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه»، فقوله ﷺ: «له غنمه وعليه غرمه»، يقتضي خروج الرَّهن من يدي المرتهن؛ ليتمكَّن من الانتفاع.

(فَإِنْ أَخْرَجَهُ) المرتهِنُ (إِلَى الرَّاهِنِ بِاخْتِيَارِهِ)(١) ولو كان نيابةً عنه(٢)؛ (زَالَ لُزُومُهُ)؛ لزوالِ استدامةِ القبضِ(٣)، وبقيَ العقدُ كأنَّه لم يُوجَدْ فيه قَبضٌ(٤)، ولو آجَرَه أو أعارَه لمرتهِنٍ أو غيرِه بإذنِه فلزومُه باقٍ(٥).

(فَإِنْ رَدَّهُ)، أي: ردَّ الراهنُ الرهنَ (إِلَيْهِ)، أي: إلى المرتهِنِ (عَادَ لُزُومُهُ إِلَيْهِ)؛ لأنَّه أقبضَه باختيارِه، فلزِمَ كالابتداءِ، ولا يحتاجُ إلى تجديدِ عقدٍ؛ لبقائِه(٦).

ونوقش: بأنَّ معنى قوله: «لا يغلق الرَّهن» تقدَّم تفسيره. [انظر: ردَّ المحتار ٦/ ٥١١، الأمَّ ٣/ ١٢٤، الإشراف ٢/ ٢، بداية المجتهد ٢/ ٢٣٠، شرح المنتهى ٢/ ٢٣٣].

(١) ولو كان بإجارةٍ، أو إعارةٍ، على المذهب.

(٢) كأن يودعه عنده. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٣٣٣، شرح المنتهى ٢/ ٢٣٣].

(٣) الَّتي هي شرط اللُّزوم، والمشروط ينتفي بانتفاء شرطه.

(٤) لكن إذا طلبه المرتهن وجب على الرَّاهن دفعه إليه؛ لعموم قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾، ولحديث أبي هريرة ﷺ مرفوعًا: «المسلمون على شروطهم». [انظر: المصادر السَّابقة].

(٥) وهذا هو المذهب؛ لأنَّ هذا التَّصرُّف لا يمنع البيع فلم يفسد القبض.

وعن الإمام أحمد: يزول لزومه، نصره القاضي واختاره أبو بكرٍ. [انظر: الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٢/ ٣٩٤، كشَّاف القناع ٣/ ٣٣٤].

(٦) إذا لم يطرأ عليه ما يبطله، أشبه ما لم تراخي القبض عن العقد.

وفي كشَّاف القناع ٣/ ٣٣٣: (وإن أزيلت يده أي: يد المرتهن بغير حقٍّ كالغصب والسَّرقة وإباق العبد وضياع المتاع ونحوه فلزومه باقٍ؛ لأنَّ يد المرتهن ثابتةٌ عليه حكمًا).

ولو استعار شيئًا ليَرْهَنَه جاز(١)، ولربِّه الرجوعُ قبلَ إقباضِه لا بعدَه(٢)، لكنْ له مطالبةُ الراهِنِ بفكاكِه مطلقًا(٣)، ومتى حلَّ الحقُّ ولم يَقضِهِ؛ فللمرتهِنِ بيعُه واستيفاءُ دَيْنِه منه(٤)، ويَرجِعُ المُعيرُ بقيمتِه أو مثلِه(٥)، وإن تلِف ضمِنَه الراهِنُ - وهو المستعيرُ - ولو لم يُفرِّطِ المرتهِنُ(٦).

---

(١) في المغني ٦/ ٤٦٢: (قال ابن المنذر: أجمع كلُّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أنَّ الرَّجل إذا استعار من الرَّجل شيئًا يرهنه على دنانير معلومةٍ عند رجلٍ سمَّاه إلى وقتٍ معلومٍ ففعل أنَّ ذلك جائزٌ). [انظر: حاشية ابن عابدين ٥/ ٣٣٠، شرح الزُّرقانيِّ ٥/ ٢٤٠، روضة الطَّالبين ٤/ ٥٠، المغني ٦/ ٤٦٢].

وقال أيضًا: (وينبغي أن يذكر المرتهن والقدر الَّذي يرهنه به، وجنسه، ومدَّة الرَّهن؛ لأنَّ الضَّرر يختلف بذلك، فاحتيج إلى بيانه كأصل الرَّهن).

(٢) لأنَّ الرَّهن إنَّما يلزم بالقبض.

(٣) قبل حلول الدَّين أو بعده؛ لأنَّ العاريّة لا تلزم بالإعارة، ويأتي في باب العارية.

وأمَّا المُؤْجِر فليس له الرُّجوع قبل مضيِّ الإجارة للزومها. [انظر: كشَّاف القناع ٤/ ٣٢٣].

(٤) إذْ هذا مقتضى الرَّهن.

(٥) أي: يرجع المعير على المستعير بقيمة المعار إن كان قيميًّا، ومثله إن كان مثليًّا، وإن لم يكن مثليًّا رجع بأكثر الأمرين من قيمته أو ما بيع به.

والمنصوص: يرجع ربُّه بقيمته لا بما بيع به سواءٌ زاد على القيمة أو نقص، صحَّحه في الإنصاف، وقال: قدَّمه في «الفروع» و«الفائق» و«الرِّعاية الصُّغرى». [انظر: المصدر السَّابق].

(٦) المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: تلف العاريّة بيد المرتهن لا شيء على المرتهن، إلَّا إذا تعدَّى أو فرَّط؛ لأنَّه أمينٌ.

(وَلَا يَنْفُذُ تَصَرُّفُ وَاحِدٍ مِنْهُمَا)، أي: مِن الراهنِ والمرتهنِ (فِيهِ)، أي: في الرهنِ المقبوضِ (بغَيْرِ إِذْنِ الآخَرِ)(١)؛ لأنَّه يفوِّتُ على الآخَرِ حقَّه، ....

وعند الحنفيَّة: إن كانت قيمته مثل الدَّين أو أكثر سقط الدَّين على الرَّاهن لتمام الاستيفاء بالهلاك، وإن كانت قيمته أقلَّ من الدَّين ذهب منه بقدر القيمة، وعلى الرَّاهن بقيَّة الدَّين للمرتهن؛ لأنَّه لم يقع الاستيفاء بالزِّيادة على القيمة، وعلى المستعير للمالك ما صار موفًّيا به.

(١) فرعٌ: التَّصرُّف في الرَّهن قبل القبض.

المذهب، ومذهب الحنفيَّة، والشَّافعيَّة: للرَّاهن أن يبيع المرهون أو يهبه أو يعيره أو يرهنه، وإذا فعل ذلك نفذ تصرُّفه وبطل الرَّهن، لأنَّ تصرُّفاته صدرت من أهلها، والرَّهن قبل القبض عقدٌ جائزٌ ليس لازمًا.

ونوقش: بعدم التَّسليم؛ إذ الرَّهن كما تقدَّم يلزم بمجرَّد العقد.

وعند المالكيَّة: إن كان الرَّهن متطوَّعًا به بعد عقد بيعٍ أو قرضٍ ثمَّ باعه الرَّاهن مضى بيعه وثمنه يكون رهنًا بدله، وإن كان عقد الرَّهن مشروطًا في عقد بيعٍ أو قرضٍ، فإن كان معيَّنًا وفرَّط المرتهن في طلب الرَّهن مضى البيع وبطل الرَّهن بتفريطه، وإن لم يفرِّط في طلب الرَّهن فقيل: يمضي البيع ويكون الثَّمن رهنًا، وبه قال ابن أبي زيدٍ.

وقيل: يمضي البيع ولا يكون ثمنه رهنًا، وبه قال ابن رشدٍ.

وإن كان الرَّهن غير معيَّنٍ فإنَّ بيع الرَّاهن ماضٍ، ويلزمه الإتيان ببدله.

ومثل البيع الهبة والصَّدقة من كلِّ عقدٍ يزيل الملك.

فرعٌ: تصرُّف الرَّاهن بدون إذن المرتهن بعد القبض.

المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: أنَّ تصرُّف الرَّاهن ببيعٍ أو هبةٍ أو وقفٍ ونحو ذلك فإنَّه باطلٌ؛ لما يترتَّب عليه من إبطال حقِّ المرتهن من الوثيقة.

وعند الحنفيَّة والمالكيَّة: يصحُّ البيع، لكنَّه موقوفٌ على إجازة المرتهن؛ لأنَّ

....

الحقَّ تعلَّق بالمرتهن، فإذا أجازه نفذ.

فرعٌ: تصرَّف الرَّاهن بإذن المرتهن.

المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: إن أذن المرتهن في البيع مطلقًا صحَّ البيع وبطل الرَّهن؛ لأنَّ الرَّاهن تصرَّف في عين الرَّهن تصرُّفًا ينافي حقَّ المرتهن بإذن المرتهن فبطل كما لو أعتقه بإذنه.

وإن أذن وشرط الثَّمن رهنًا فعند الشَّافعيَّة: لايصحُّ الشَّرط ولا البيع، لأنَّ ما يباع به المرهون مجهولٌ ورهن المجهول لا يصحُّ.

وعند الحنفيَّة: أنَّ الرَّهن يكون ثمنًا مطلقًا شرط أو لم يشرط؛ لأنَّ الثَّمن بدل المرهون، والبدل له حكم المبدل.

وعند المالكيَّة: إن سلَّمه العين بعد الإذن بطل الرَّهن، وإن لم يسلمه العين فإن حلف المرتهن على أنَّه إنَّما أذن له في بيعه ليكون ثمنه رهنًا فالثَّمن يكون رهنًا، وإن نكل عن اليمين بطل الرَّهن.

ومثل البيع الهبة والعتق والوقف والصَّدقة.

فرعٌ: بيع المرتهن للرَّهن: فإن كان بلا إذن الرَّاهن لم ينفذ؛ لأنَّه غير مالكٍ، وإن كان بإذن الرَّاهن.

عند الحنفيَّة: جاز البيع وكان ثمنه رهنًا.

وعند الشَّافعيَّة: ليس للمرتهن إلَّا حقُّ الاستيفاء، أمَّا البيع وسائر التَّصرُّفات فهو ممنوعٌ منها.

فرعٌ: الزِّيادة في الرَّهن باتِّفاق الأئمَّة أنَّه تجوز الزِّيادة في الرَّهن؛ لأنَّه زيادة استيثاقٍ، خلافًا لزفر.

أمَّا المرتهن فلا يملك التَّصرُّف فيه بما ينقل الملكيَّة؛ لأنَّه أمانةٌ في يده، وأمَّا الرَّاهن فتصرُّفه بذلك يبطل حقَّ المرتهن من الوثيقة.

قال ابن المنذر في الإجماع ص١٢٣: (وأجمعوا على أنَّ الرَّاهن ممنوعٌ من

فإن لم يتفقَا على المنافعِ لم يَجُزِ الانتفاعُ، وكانت معطَّلةً[١]، وإن اتفقَا على الإجارةِ أو الإعارةِ؛ جاز.

بيع الرَّهن وهبته وصدقته، وإخراجه من يد من رهنه، حتَّى يبرأ من حقِّ المرتهن).

فرعٌ: المذهب، وهو مذهب الشَّافعيَّة، والحنفيَّة: أنَّ الرَّهن إذا أتلفه أجنبيٌّ فإنَّه يضمنه، ويكون الضَّمان بدلًا من المرهون؛ لأنَّ المضمون بدل المرهون فيقوم مقامه.

وعند المالكيَّة: أنَّه إذ غرمه الرَّاهن وأخذ القيمة والمثل فالمأخوذ رهنٌ، وإن عفا عنه بطل الرَّهن وبقي الدَّين بلا رهنٍ. [انظر: تبيين الحقائق ٦/ ٨٧، حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٢٤٢، نهاية المحتاج ٣/ ٢٨٧، كشَّاف القناع ٣/ ٢٧٧].

(١) فإن كانت دارًا أغلقت، أو سيَّارةً أُوقِفت.

أوَّلا: إجارة الرَّهن:

عند الحنفيَّة: إجارة الرَّهن من قبل الرَّاهن أو المرتهن إن أذن الآخر صحَّت الإجارة، وبطل الرَّهن، ولا يعود رهنًا إذا انقضت مدَّة الإجارة إلَّا بالاستئناف، وإن كانت بلا إذنٍ فلا يصحُّ العقد، ويبقى العقد موقوفًا على إجازة الثَّاني.

وعند المالكيَّة: إن أذن المرتهن للرَّاهن بطل الرَّهن، لكنَّ البطلان لا يتحقَّق إلَّا بحصول أحد أمرين:

أن يفوت الرَّهن بأن يتصرَّف فيه الرَّاهن تصرُّفًا يزيل الملك.

أن يحصل لراهنٍ مانعٌ قبل الرَّدِّ، وهو الموت، أو الفلس، أو الجنون، أو المرض المتَّصل بموته.

فإن لم يحصل واحدٌ من هذين الأمرين فللمرتهن ردُّه بالقضاء.

أمَّا إذا أَجَرَ المرتهن الرَّهن بإذن الرَّاهن فإنَّ ذلك جائزٌ، ولا يخرجه عن الرَّهن؛ لأنَّ في عدم الإجارة أو الإعارة تعطيلًا لمنافع الرَّهن، ولا فائدة في

....

تعطيلها؛ لأنَّه تضييعٌ للمال وقد نهى النَّبيُّ ﷺ عن إضاعة المال، ولأنَّ يد المستأجر والمستعير نائبةٌ عن يد المرتهن في الحفظ، فجازت الإجارة والإعارة كما لو وضعاه تحت يد عدلٍ.

وعند الشَّافعيَّة: إذا أذن أحد المتراهنين للآخر بالإجارة صحَّت مطلقًا، وإن لم يكن أذن فالمرتهن ليس له أن يُؤْجِرَ الرَّهن لأنَّه ليس له إلَّا حقُّ الاستيثاق، وأمَّا الرَّاهن إذا لم يأذن المرتهن، فإن كانت مدَّة الإجارة تنتهي قبل حلول الأجل صحت، وإن حلَّ الدَّين قبل انقضاء مدَّة الإجارة فقيل: تنفسخ الإجارة رعايةً لحقِّ المرتهن، وقيل: إنَّ المرتهن يصير إلى انقضاء مدَّة الإجارة كما يصير الغرماء إلى انقضاء العدَّة لتستوفي المعتدَّة حقَّ السُّكنى.

وإن كان الدَّين حالًّا أو مؤجَّلًا لكنَّه لايحلُّ قبل انقضاء مدَّة الإجارة، فله في صحَّة الإجارة قولان.

وعند الحنابلة: إذا أَجَرَ الرَّاهن الرَّهن بإذن المرتهن لم يبطل الرَّهن، وإنَّما يزول اللُّزوم، لأنَّ استدامة القبض شرطٌ فيه.

وللمرتهن أن يُؤْجِرَ الرَّهن بإذن الرَّاهن لنفسه ولغيره.

وأمَّا عند عدم الإذن فليس للرَّاهن أن يُؤْجِرَ الرَّهن، ولا للمرتهن كذلك، وتكون منافعه معطَّلةً؛ لأنَّ الحقَّ فيه لهما فلا بدَّ من إذن الآخر.

ثانيًا: إعارة الرَّهن:

المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: أنَّ حكم الإعارة حكم الإجارة كما تقدَّم.

وعند الحنفيَّة: ليس للرَّاهن أن يستوفي منافع الرَّهن إلَّا بإذن المرتهن، قياسًا للرَّهن على البيع، فكما يثبت للبائع حقُّ حبس المبيع فيكون المشتري ممنوعًا من الانتفاع به، كذلك الرَّاهن يمنع من الانتفاع بالمرهون، ولا يملك المرتهن الإعارة ولو مع الإذن؛ لقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾، فجعل الله القبض من

ولا يُمنَعُ الراهِنُ مِن سَقْيِ شجرٍ، وتلقيحٍ[١]، ومداواةٍ، وفَصْدٍ، وإنزاءِ فحلٍ على مرهونَةٍ[٢]، بل مِن قطعِ سِلْعَةٍ خَطِرَةٍ[٣].

(إِلَّا عِتْقَ الرَّاهِنِ) المرهونَ (فَإِنَّهُ يَصِحُّ مَعَ الإِثْمِ)[٤]؛ لأنَّه مبني على

صفات الرَّهن، فإذا أعاره خرج عن ذلك.

ونوقش: بأنَّ القبض ليس شرطًا للُّزوم الرَّهن كما تقدَّم قريبًا، وعلى هذا فالأقرب القول الأوَّل.

وعند المالكيَّة: إن اشترط أن تردَّ عند حلول أجل الدَّين أو قبله جازت، أمَّا إن أطلقت الإعارة لفظًا وعرفًا فإنَّ الرَّهن يبطل بها؛ لأنَّ ذلك يدلُّ على أنَّ المرتهن أسقط حقَّه في الرَّهن. [انظر: أحكام القرآن للجصَّاص ١/ ٥٣١، بدائع الصَّنائع ٦/ ١٤٧، الكافي لابن عبد البرِّ ٢/ ٨١٦، الكافي لابن قدامة ٢/ ١٤١، المبدع ٤/ ٢٢٢].

(١) أي: لا يمنع المرتهن الرَّاهن من سقي شجرٍ مرهون وتلقيحه؛ لأنَّ ذلك من مصلحة الرَّهن. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٣٥٥].

(٢) وكتعليم فنِّ الصِّناعة، ودابَّة السَّير، وغير ذلك ممَّا فيه مصلحة الرَّهن. [انظر: المصدر السَّابق].

وعند الشَّافعيَّة أيضًا: لا يمنع الرَّاهن من مصلحة المرهون كفصدٍ وحجامةٍ، بخلافهما لغير مصلحة حفظًا لملكه، لكنَّه لا يجبر عليه كسائر الأدوية؛ لأنَّ البرء بالدَّواء غير متيقَّنٍ، وبه فارق وجوب النَّفقة.

(٣) في المصباح ١/ ٢٨٥: (السِّلعة: خُرَاجٌ كهيئة الغُدَّة، تتحرَّك بالتَّحريك، قال الأطبَّاء: هي ورمٌ غليظٌ غير ملتزقٍ باللَّحم يتحرَّك عند تحريكه، وله غلافٌ وتقبل التَّزايد؛ لأنَّها خارجةٌ عن اللَّحم)؛ لأنَّه يُخاف عليه من قطعها.

(٤) وهذا هو الصَّحيح من المذهب، ومذهب الحنفيَّة، وسواءٌ كان الرَّاهن موسرًا أو معسرًا؛ لما استدلَّ به المؤلِّف، وعن ابن عمر ﷺ قال: قال

السِّرايةِ والتَّغليبِ[(١)]، (وَتُؤْخَذُ قِيمَتُهُ) حالَ الإعتاقِ مِن الراهِنِ؛ لأنَّه أبطَلَ حقَّ المرتهنِ مِن الوثيقةِ[(٢)]، وتكونُ (رَهْنًا مَكَانَهُ)؛ لأنها بَدَلٌ عنه.

رسول الله ﷺ: «من أعتق شِقصًا له من عبدٍ، أو شركًا، أو قال: نصيبًا، وكان له ما يبلغ ثمنه بقيمة العدل فهو عتيقٌ، وإلَّا فقد عَتَقَ منه ما عَتَقَ»، رواه البخاريُّ ومسلمٌ، فحكم النَّبيُّ ﷺ بنفاذ العتق مع تعلُّق حقِّ الغير به.

ونوقش: بأنَّه قياسٌ مع الفارق؛ إذ العتق لا يتبعَّض.

وعند المالكيَّة، والشَّافعيَّة: ينفذ عتق الموسر دون المعسر؛ للحديث السَّابق إذ حكم بعتق الموسر فقط.

ونوقش الاستدلال بالحديث: بما تقدَّم.

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٢/ ٤١٢: (ويحتمل أن لا ينفذ عتق المعسر، وذكره في «المحرَّر» تخريجًا، وهو روايةٌ عن أحمد . . .، قلت: وهو قويٌّ في النَّظر، وطريقة بعض الأصحاب: إن كان المعتق معسرًا استُسْعِيَ العبد بقدر قيمته تجعل رهنًا.

وقيل: لا يصحُّ عتق الموسر أيضًا، وذكره في «المبهج» وغيره روايةً.

وقال في الفائق: وعنه: لا ينفذ عتق الموسر، اختاره شيخنا يعني به الشَّيخ تقيَّ الدِّين).

والأقرب: عدم نفوذ عتقه مطلقًا؛ لما فيه من إسقاط حقِّ المرتهن من الوثيقة.

(١) السِّراية: أنَّه إذا أعتق الموسر جزءًا من عبدٍ له فيه شركٌ سرى إلى جميعه.

والتَّغليب: كما لو قال: عبدي حرٌّ، ولم تكن نيَّةٌ له ولا تخصيصٌ، عَتَقَ كلُّ عبدٍ له.

(٢) أشبه ما لو أتلفه.

وكذا لو قَتَله(١)، أو أحْبَل الأمةَ بلا إذنِ المرتهنِ(٢)، أو أقرَّ بالعتقِ وكذَّبَه(٣).

(وَنَمَاءُ الرَّهْنِ) المتَّصِلِ والمنفصِلِ؛ كالسِّمَنِ، وتعلُّمِ الصنعةِ، والولدِ، والثمرةِ، والصوفِ، (وَكَسْبُهُ(٤))، ....

---

(١) أي: وكالعتق لو قتل المرهون في أنَّه يجعل قيمته رهنًا مكانه.

(٢) قال ابن المنذر في الإجماع ص ١٢٣: (وأجمعوا على أنَّ للمرتهن منع الرَّاهن من وطء أمته المرهونة).

وفي كشَّاف القناع ٣/ ٣٣٦: (وإن أولدها الرَّاهن بأن وطئ المرهونة فأحبلها بعد لزوم الرَّهن وولدت ما تصير به أمَّ ولدٍ له، أخذت من الرَّاهن قيمتها حين أحبلها؛ لأنَّه وقت إتلافها فجعلت رهنًا مكانها كما لو أتلفها بغير ذلك، وإن تلفت بسبب الحمل فعليه قيمتها؛ لأنَّها تلفت بسببٍ كان منه إلَّا أن يكون الوطء بإذن المرتهن).

(٣) أي: فيلزمه قيمته رهنًا مكانه؛ لأنَّه عتق بإقراره.

(٤) نماء الرَّهن لا يخلو من أمرين:

الأوَّل: أن يكون متَّصلًا كالسِّمن وكبر الشَّجر، فهذا يتبع الأصل باتِّفاق الأئمَّة.

الثَّاني: أن يكون منفصلًا كالولد والثَّمرة والصُّوف ونحو ذلك.

فالمذهب: أنَّه ملحقٌ بالرَّهن فيكون رهنًا معه؛ لأنَّه حكمٌ ثبت في العين بعقد المالك فيدخل فيه النَّماء الحادث من عين الرَّهن كالمتَّصل.

وعند الحنفيَّة: أنَّ نماء الرَّهن المتولِّد كالولد والثَّمر واللَّبن والصُّوف ونحو ذلك رهن مع الأصل؛ لأنَّ حقَّ المرتهن متأكِّدٌ في العين فيسري إلى الولد بخلاف ما هو بدلٌ عن المنفعة كالأجرة والصَّدقة والهبة فلا تدخل في الرَّهن وهي للرَّاهن.

وَأَرْشُ الجِنَايَةِ عَلَيْهِ[١]؛ مُلْحَقٌ بِهِ) أي: بالرهنِ، فيكونُ رهنًا معه، ويُباعُ معه لوفاءِ الدينِ إذا بِيعَ.

(وَمُؤْنَتُهُ)، أي: الرهنِ (عَلَى الرَّاهِنِ)[٢]؛ لحديثِ سعيدِ بنِ المسيّبِ، عن

وعند المالكيَّة: ما تناسل من الرَّهن ونتج منه كالولد، وفرخ النَّخل يسري إليه الرَّهن؛ لأنَّ هذه الزَّوائد نماءٌ متولِّدٌ من الرَّهن ومن جنسه فيجب أن تكون داخلةً فيه كالنَّماء المتَّصل، ولأنَّ الولد حكمه حكم الأمِّ، وما عدا ذلك من الغلَّات والزَّوائد كالصُّوف واللَّبن وثمار الأشجار والبيض وعسل النَّحل والأجرة ونحو ذلك، فلا يسري عليها الرَّهن.

وعند الشَّافعيَّة: أنَّ الزِّيادة المنفصلة بأنواعها لا يسري عليها الرَّهن؛ لحديث أبي هريرة ﵁، وفيه قوله ﷺ: «له غنمه وعليه غرمه»، ونوقش: بأنَّ هذا لا نزاع فيه، وإنَّما النِّزاع هل تدخل هذه في الوثيقة أو لا؟. [انظر: حاشية ابن عابدين ٥/ ٣٣٥، حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٢٤٥، القوانين الفقهيَّة ص ٣١٩، نهاية المحتاج ٤/ ٢٨٩، الإنصاف ٢/ ٢٤٦، كشَّاف القناع ٣/ ٣٣٨].

(١) لأنَّه بدل جزئه فكان منه كقيمته.

(٢) وهذا المذهب، وهو مذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة؛ لما استدلَّ به المؤلِّف.

وعند الحنفيَّة: ما يحتاج إليه لمصلحة الرَّهن وتبقيته كعلف الدَّابَّة وأجرة الرَّاعي وأجرة ظئر ولد الرَّهن وسقي البستان وتلقيح نخل البستان وجذاذه أي: التَّمر من النَّخل والقيام بمصالحه كإصلاح جداره وقلع الحشيش المضرِّ وغيرهما فعلى الرَّاهن؛ لأنَّ العين باقيةٌ على ملكه وكذا منافعه مملوكةٌ له أصلًا وتبقيته عليه؛ لأنَّه مؤنة ملكه كما في الوديعة، وما يحتاج إليه لحفظ المرهون كمأوى الماشية وأجرة الحفظ ومؤنة ردِّ الرَّهن إلى يد المرتهن إن خرج من يده كجُعْل الآبق، ومداواته فعلى المرتهن؛ لأنَّه حبس المرهون له. [انظر: المصادر السَّابقة].

أبي هريرةَ: أنَّ النبيَّ ﷺ قال: «**لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ، لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**»(١) رواه الشافعي، والدارقطني(٢)، وقال: (إسنادٌ حسنٌ متصلٌ).

(وَ) على الراهنِ أيضًا (كَفَنُهُ)، ومُؤنةُ تجهيزِه بالمعروفِ؛ لأنَّ ذلك تابعٌ لمؤنَتِه(٣)، (وَ) عليه أيضًا (أُجْرَةُ مَخْزَنِهِ)(٤) إن كان مخزونًا، وأُجرَةُ حِفْظِه(٥).

والأقرب: قول جمهور أهل العلم؛ لحديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(١) أي: لا يستحقُّه بالدَّين الَّذي هو مرهونٌ به - إذا عجز صاحبه عن فكِّه -، وقيل: هو أن يرهن الرَّجل متاعًا ويقول: إن لم أوفِّك في وقت كذا فالرَّهن لك بالدَّين، فنهى عنه. [انظر: المصباح ٢/ ٤٥١].

وقوله: «له غنمه» أي: زيادته، «وعليه غرمه» أي: نفقته وهلاكه.

ويأتي قريبًا إن شاء الله تفسير غلق الرَّهن: (أو شرط إن جاءه بحقِّه في وقت كذا، وإلَّا فالرَّهن له ...).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) كسائر العبيد والإماء والأحرار؛ لحديث أبي سعيدٍ المتقدِّم.

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة؛ لأنَّه نوع إنفاقٍ فكان على الرَّاهن كالطَّعام، ولأنَّ الرَّهن ملك الرَّاهن فكان عليه مسكنه وحافظه كغير الرَّهن.

وعند الحنفيَّة: على المرتهن؛ لأنَّه حبس المرهون له. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٥) وكذا مداواته وسقيه وجذاذه ورعي ماشيته وتأبير نخلٍ وأجرة من يردُّه إذا أَبَقَ على راهنٍ. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٣٢١].

(وَهُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ)[1]؛ للخبرِ السَّابقِ، ولو قبلَ عقدِ الرهنِ كَبَعْدِ

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة؛ لما استدلَّ به المؤلِّف من حديث أبي هريرة ﵁ المتقدِّم، فقوله: «من صاحبه»، أي: من ضمان صاحبه، ولقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، فالله ﷻ جعل الرِّهان بدل الكتاب، وسقوط الكتاب لا يوجب الحقَّ، كذلك تلف الرَّهن لايسقط الحقَّ، ولأنَّه لو ضمن المرتهن لامتنع النَّاس من فعله خوفًا من الضَّمان، ولتعطَّلت كثيرٌ من المداينات.

وعند الحنفيَّة: أنَّ يد المرتهن يد ضمانٍ، فيضمن - إن هلك بيده - الأقلَّ من قيمته ومن الدَّين.

وتعتبر قيمة الرَّهن يوم قبضه؛ لقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا...﴾، والعطف يقتضي المغايرة، ممَّا يدلُّ على أنَّ الرَّهن ليس أمانةً.

ونوقش: بأنَّه لا يُسلَّم بأنَّ قوله: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا﴾ معطوفٌ على قوله: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، بل معطوف على قوله: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ﴾، ولما روى عطاء بن أبي رباحٍ أنَّه حدث أنَّ رجلًا رهن فرسًا فنفقت في يده، فقال رسول الله ﷺ للمرتهن: «ذهب حقُّك»، رواه أبو داود في المراسيل، وفيه أيضًا مصعب بن ثابت بن عبد الله، ضعَّفه ابن القطَّان. [انظر: نصب الرَّاية ٤/ ٣٢١].

ولأنَّ التَّضمين هو الوارد عن الصَّحابة كعمر، وعليٍّ، وابن عمر، وابن مسعودٍ ﵃. [انظر: مصنَّف ابن أبي شيبة ٧/ ١٨٨].

ونوقش هذا الاستدلال: بضعفها كما في المحلَّى ٨/ ٤٩٧.

وفي مجمع الأنهر: (وللمرتهن أن يحفظ الرَّهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الَّذي في عياله وأجيره مشاهرةً أو مسانهةً لأنَّ العبرة بالمساكنة لا بالنَّفقة . . . ، فإن حفظه - أي: المرتهن - بغير المذكورين أو أودعه عند آخر فهلك ضمن المرتهن كلَّ قيمته، لأنَّ المالك ما أذن له في ذلك فيضمن جميع قيمته كالمغصوب لكونه متعدِّيًا).

وعند المالكيَّة: يضمنه المرتهن بشروطٍ ثلاثةٍ: كونه بيده، وكان ممَّا يغاب

الوفاءِ[(١)]؛ (إِنْ تَلِفَ مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ) ولا تفريطٍ[(٢)] (مِنْهُ)، أي: مِن المرتهنِ؛ (فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ)، قاله عليٌّ ﵁[(٣)]؛ ....

عليه، أي: ممَّا يمكن إخفاؤه كالحلي والعروض، ولم تقم على هلاكه بيِّنةٌ بضياعه بغير تفريطٍ؛ فيضمنه المرتهن ولو اشترط البراءة من الضَّمان، وما لا يمكن إخفاؤه لا يضمن إلَّا بالتَّفريط؛ لأنَّ التُّهَمَة تلحق فيما يغاب عليه، لا فيما لا يغاب عليه، ولأنَّ هذا عمل أهل المدينة.

فرعٌ: إذا اشترط المرتهن عدم الضَّمان عند الحنفيَّة أنَّ الشَّرط باطلٌ لأنَّه شرطٌ ينافي مقتضى العقد، وعند المالكيَّة إذا كان الرَّهن مشروطًا بعقد بيعٍ أو قرضٍ فموضع خلافٍ، أمَّا إذا كان متبرِّعًا به فيصحُّ الشَّرط قولًا واحدًا.

وعند الحنابلة، والشَّافعيَّة، وكذا عند المالكيَّة في غير المضمون عندهم: أنَّ اشتراط الرَّاهن ضمان المرتهن شرطٌ فاسدٌ؛ لأنَّه ينافي مقتضى العقد، وعند أشهب جواز ذلك، والخلاف عند المالكيَّة فيما إذا كان الرَّهن مشروطًا بعقد بيعٍ أو قرضٍ، أمَّا إذا كان متبرِّعًا فيصحُّ قولًا واحدًا. [انظر: مجمع الأنهر ٢/ ٦٠٠، حاشية الطَّحطاويِّ ٤/ ٢٣٥، بداية المجتهد ٢/ ٢٤٧، حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٢٥٣، نهاية المحتاج ٤/ ١٨١، الإنصاف ٥/ ١٥٥].

والأقرب: قول الشَّافعيَّة، والحنابلة؛ لما استدلُّوا به، ولأنَّ المرتهن قبض العين بإذن المالك.

(١) أي: الرَّهن أمانةٌ في يد المرتهن ولو قبل عقد الرَّهن، بأن دفع له العين ليرهنها بعد فتلفت كبعد وفاء الدَّين أو الإبراء منه. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٣٤١].

(٢) فالتَّعدِّي: فعل ما لا يجوز، والتَّفريط: ترك ما يجب.

(٣) رواه الطحاوي (٥٩٠٠)، والبيهقي (١١٢٢٩)، من طريق خِلَاسِ بن عمرو، أن عليًّا ﵁ قال في الرهن: «يترادان الزيادة والنقصان جميعًا، فإن

لأنَّه أمانةٌ في يدِه كالوديعةِ(١)، فإن تعدَّى أو فرَّط ضَمِن(٢).

(وَلَا يَسْقُطُ بِهَلَاكِهِ) أي: الرهنِ (شَيْءٌ مِنْ دَيْنِهِ)(٣)؛ لأنَّه كان ثابِتًا في ذمَّةِ الراهنِ قبلَ التَّلفِ، ولم يُوجَدْ ما يُسقِطُه، فبقيَ بحالِه(٤)، وكما لو دَفَع إليه عبدًا ليبيعَه ويَستوفِيَ حقَّه مِن ثمنِه(٥).

أصابته جائحة برئ»، قال البيهقي: (ما روى خلاس عن علي أخذه من صحيفة، قاله يحيى بن معين وغيره من الحفاظ)، وقال الإمام أحمد: (كانوا يخشون أن يكون خلاس يحدث عن صحيفة الحارث الأعور)، وقال: (كان القطان يتوقى حديثه عن عليٍّ خاصة)، وقال الدارقطني: (وما كان من حديثه عن أبي رافع عن أبي هريرة احتمل، وأما عن عثمان وعلي فلا)، قال ابن حجر: (واتفقوا على أن روايته عن علي بن أبي طالب وذويه مرسلة). [انظر: فتح الباري ١/ ٤٠١، تهذيب التهذيب ٣/ ١٧٦].

(١) كما لا تضمن الوديعة إذا تلفت من غير تعدٍّ ولا تفريطٍ. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٣٤١].

(٢) لزوال ائتمانه، فلزمه الضَّمان حينئذٍ؛ لتعدِّيه أو تفريطه كالوديعة، والرَّهن باقٍ بحاله؛ لأنَّه يجمع أمانةً واستيثاقًا، فإذا زال أحدهما بقي الآخر. [انظر: المصدر السَّابق].

(٣) أي: إن لم يتعدَّ ولم يفرِّط.

(٤) ولا يلزم الرَّاهن أن يرهن مكانه رهنًا آخر؛ لأنَّه غير واجبٍ من أصله.

(٥) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٤١: (كدفع عبدٍ أو نحوه لربِّ دَينٍ يبيعه ويأخذ حقَّه من ثمنه، وكحبس عينٍ مُؤْجَرةٍ تعجَّل ربُّها أجرتها، ثمَّ انفسخ العقد بعد الفسخ على الأجرة، ويتلفان أي: العبد المدفوع لمن يبيعه ويأخذ حقَّه من ثمنه، والعين المُؤْجَرة المحبوسة على أجرتها بعد الفسخ، فلا يسقط الدَّين ولا الأجرة بتلفهما لعدم تعلُّقه بهما).

(وَإِنْ تَلِفَ بَعْضُهُ)، أي: الرهنِ؛ (فَبَاقِيهِ رَهْنٌ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ)؛ لأنَّ الدَّيْنَ كلَّه مُتعلِّقٌ بجميعِ أجزاءِ الرهنِ(١)، (وَلَا يَنْفَكُّ بَعْضُهُ مَعَ بَقَاءِ بَعْضِ الدَّيْنِ)؛ لما سَبَقَ(٢)، ....

---

(١) لأنَّ الأصل بقاء ما كان على ما كان، ولأنَّ الباقي بعض الجملة، وقد كان الجميع رهنًا فيكون البعض رهنًا لأنَّه من الجملة.

ولو كان الرَّهن عينين فتلفت إحداهما فالدَّين متعلِّق بالأخرى.

(٢) آنفًا من أنَّ الدَّين كلَّه متعلِّقٌ بجميع أجزاء الرَّهن، فيكون محبوسًا بكلِّ الحقِّ وبكلِّ جزءٍ منه لا ينفكُّ منه شيءٌ حتَّى يقضيه جميعًا. [انظر: المغني ٦/ ٤٨١].

وفي المغني ٦/ ٤٨١: (قال ابن المنذر: أجمع كلُّ من أحفظ عنه من أهل العلم على أنَّ من رهن شيئًا بمالٍ فأدَّى بعض المال وأراد إخراج بعض الرَّهن أنَّ ذلك ليس له ولا يخرج شيءٌ حتَّى يوفيه آخر حقِّه أو يبرئه من ذلك، كذلك قال مالكٌ والثَّوريُّ والشَّافعيُّ وإسحاق وأبو ثورٍ وأصحاب الرَّأي؛ لأنَّ الرَّهن وثيقةٌ بحقٍّ فلا يزول إلَّا بزوال جميعه كالضَّمان والشَّهادة)، فباتِّفاق الأئمَّة لاينفكُّ شيءٌ من الرَّهن بقضاء بعض الدَّين، بل يبقى الرَّهن جميعه مرهونًا بما تبقَّى من الدَّين.

لأنَّ الرَّهن وثيقةٌ بحقٍّ فلا يزول إلَّا بزوال جميعه كالضَّمان.

* وإن تعدَّد من عليه الدَّين كأن يكون لرجلين عقارٌ فيرهناه عند شخصٍ بدينٍ له عليهما فإذا برئ أحدهما من دَينه انفكَّ نصيبه من العقار، وكان له أن يرهنه بدينٍ آخر، وهو المذهب، ومذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة.

وعند الحنفيَّة: إذا وفَّى دين أحدهما لم يجز له أن يستردَّ من الرَّهن مقدار ما وفَّى من الدَّين.

وكذا إذا رهن اثنان رهنًا عن شخصٍ بدَينٍ له عليهما، فإذا وفَّى أحدهما دَينَه

سواءٌ كان ممَّا تمْكِنُ قِسمتُه أوْ لَا[١].

ويُقبَلُ قولُ المرتهِنِ في التلفِ[٢]، وإن ادَّعاه بحادثٍ ظاهرٍ[٣] كُلِّفَ بَيِّنةً بالحادثِ[٤]، وقُبِل قولُه في التَّلفِ وعدمِ التفريطِ ونحوِه[٥].

(**وَتَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِيهِ**)، أي: في الرهنِ؛ بأنْ رَهَنَه عبدًا بمائةٍ، ثم رَهَنه عليها ثوبًا؛ لأنَّه زيادةُ استيثاقٍ[٦]، (**دُونَ**) الزيادةِ في (**دَيْنِهِ**)[٧]، فإذا رَهَنه عبدًا

ظلَّ جميع الرَّهن رهنًا بما تبقَّى من الدَّين إلى حين استيفاء الدَّين، وهذا بناءً على أصلهم من عدم جواز رهن المشاع.

(١) وكذا لو قضى أحد الوارثين حصَّته من دَين مورِّثه، فلا يملك أخذ حصَّته من الرَّهن. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٣٤٢].

(٢) بيمينه إن أطلق أو ذكر سببًا خفيًّا كسرقته ويبرأ لأنَّه أمينٌ، وإن لم يحلف قضي عليه بالنُّكول. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٣٤٢].

(٣) كنهبٍ وحريقٍ.

(٤) الظَّاهر؛ لعدم خفائه.

(٥) كعدم التَّعدِّي.

(٦) قال ابن المنذر في الإجماع ص ١٢٢: (وأجمعوا على أنَّ للرَّاهن أن يزيد المرتهن رهنًا مع رهنه)، وكذا نقل ابن القيِّم جواز الزِّيادة في الرَّهن اتِّفاقًا. [انظر: الفروسية ص ٨٠].

(٧) وهذا المذهب، ومذهب الحنفيَّة، والشَّافعيِّ في الجديد؛ لما علَّل به المؤلِّف.

ونوقش بعدم التَّسليم، ولما يأتي.

ولأنَّها عينٌ مرهونةٌ فلم يجز رهنها بدَينٍ آخر، كما لو رهنها عند غير مرتهنٍ.

ونوقش: بأنَّ الرَّهن قصد به مطلق التَّوكيل، وهذا حاصلٌ بأيِّ رهنٍ كان.

بمائةٍ لم يَصحَّ جَعْلُه رَهْنًا بخمسينَ مع المائةِ، ولو كان يُساوي ذلك؛ لأنَّ الرهنَ اشتغَلَ بالمائةِ الأُولَى، والمشغولُ لا يُشغَلُ[(١)].

(وَإِنْ رَهَنَ) واحدٌ (عِندَ اثْنَيْنِ شَيْئًا) على دَيْنٍ لهما[(٢)]، (فَوَفَّى أَحَدَهُمَا)؛ انفَكَّ في نصيبِه؛ لأنَّ عَقْدَ الواحدِ مع اثنين بمنزلةِ عقدَيْنِ، فكأنَّه رَهَنَ كلَّ واحدٍ مِنهما النِّصفَ مُنفردًا[(٣)]، ثم إن طَلَب المقاسمةَ أُجيبَ إليها إن كان الرهنُ مَكيلًا أو مَوزونًا[(٤)].

(أَوْ رَهَنَاهُ شَيْئًا[(٥)]، فَاسْتَوْفَى مِنْ أَحَدِهِمَا؛ انْفَكَّ فِي نَصِيبِهِ)؛ لأنَّ الراهنَ

وعند المالكيَّة، واختاره شيخ الإسلام أنَّه يجوز الزِّيادة في الدَّين؛ لأنَّ الأصل في المعاملات الإباحة، ولأنَّها وثيقةٌ محضةٌ، فجازت الزِّيادة كالضَّمان، وقياسًا على الجواز زيادة الرَّهن، وهذا هو الصَّحيح. [انظر: مجمع الأنهر ٢/ ٦١٢، المعونة ٢/ ١١٦٤، مواهب الجليل ٥/ ٦، نهاية المحتاج ٤/ ٢٥٣، المغني ٦/ ٤٦٦].

وحكى ابن القيِّم الخلاف في الزِّيادة في دَين الرَّهن، ورجَّح الجواز. [انظر: الفروسيَّة ص٨٠-٨١].

(١) أي: فالمرهون لا يرهن، فلا يجعل مرهونًا بالدَّينين جميعًا.

(٢) في عقدٍ واحدٍ صحَّ الرَّهن، وصار نصفه رهنًا عند كلِّ واحدٍ منهما بدينه.

(٣) أي: بعقدٍ دون الآخر، فيعطى من رهن عند اثنين بعقدٍ واحدٍ حكمه. [انظر: حاشية ابن قاسمٍ ٥/ ٧٥].

(٤) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٤٢: (وإلَّا بأن كان ممَّا تنقصه القسمة فلا يجيبه المرتهن؛ لما عليه من الضَّرر، ويقرُّ في يد المرتهن بعضه رهنٌ وبعضه وديعةٌ حتَّى يوفِّى دينه دفعًا للضَّرر).

(٥) أي: أو رهن اثنان واحدًا شيئًا بما يصحُّ رهنه.

مُتعددٌ(١)، فلو رَهَن اثنان عبدًا لهما عندَ اثنينِ بألفٍ، فهذه أربعةُ عقودٍ(٢)، ويَصيرُ كلُّ رُبعٍ منه رَهْنًا بمائتين وخمسين(٣).

ومتى قَضى بعضَ دَينِه، أو أُبرئَ مِنه، وببعضِه رهنٌ أو كفيلٌ؛ فعمَّا نواهُ(٤)، فإن أطلق صَرَفَه إلى أيِّهما شاء(٥).

(وَمَتَى حَلَّ الدَّيْنُ) لزِمَ الراهِنَ الإيفاءُ؛ كالدَّيْنِ الذي لا رَهْنَ به(٦).

---

(١) فتعلَّق على كلٍّ منهما بنصيبه كتعدُّد العقد. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٣٤٢].

(٢) وذلك كأن يرهن زيدٌ وعمرٌو عبدًا مثلًا بألفٍ عند بكرٍ وخالدٍ، فيكون زيدٌ قد عقد عقدين لكونه رهن عند بكرٍ وخالدٍ، وعمرٌو كذلك فهذه أربعة عقودٍ. [انظر: حاشية ابن قاسم ٥/ ٧٥].

(٣) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٤٢: (فمتى قضى في شيءٍ انفكَّ من الرَّهن بقدر ذلك ذكره القاضي).

(٤) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٤١: (لأنَّ التَّعيين في ذلك له فينصرف إلى ما عيَّنه فمن عليه مائتان بأحدهما رهنٌ أو كفيلٌ فوفَّى منهما مائةً، أو أبرئ منها، فإن نوى القاضي أو المبرئ المائة بها الرَّهن أو الكفيل وقع عنها وانفكَّ الرَّهن وبرئ الكفيل، وإن نوى الآخر وقع عنها والرَّهن أو الكفيل بحاله، والقول قول القاضي، أو المبرئ في النِّيَّة واللَّفظ؛ لأنَّه أدرى بما صدر منه).

(٥) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٤٢: (فإن أطلق ولم يعيِّن إحدى المائتين بلفظه ولا نيَّته حال القضاء أو الإبراء صرفه بعد ذلك إلى أيِّهما شاء؛ لأنَّ له ذلك في الابتداء، فكان له بعده، كما لو كان له مالان حاضرٌ وغائبٌ، فأدَّى قدر زكاة أحدهما كان له صرفه إلى أيِّهما شاء).

(٦) على الفور لقول الله تعالى: ﴿فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾، ولقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾.

(وَ) إن (امْتَنَعَ مِن وَفَائِهِ: فَإِنْ كَانَ الرَّاهِنُ أَذِنَ لِلْمُرْتَهِنِ[١] أَوْ العَدْلِ) الذي تحتَ يدِه الرهنُ (فِي بَيْعِهِ؛ بَاعَهُ)[٢]؛ لأنَّه مأذونٌ له فيه، فلا يحتاجُ لتجديدِ إذْنٍ مِن الراهنِ[٣]، وإن كان البائعُ العدلَ اعتُبِرَ إذْنُ المرتهِنِ[٤] أيضًا،

(١) أي: في بيع الرَّهن، ولم يرجع عن إذنه باعه ووفَّى الدَّين؛ لأنَّه وكيل ربِّه.

(٢) لأنَّ هذا هو المقصود من الرَّهن، وقد باعه بإذن صاحبه في قضاء دينه فصحَّ البيع، كما في غير الرَّهن. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٤٤٥].

(٣) المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: أنَّه لا يحتاج إلى تجديد الإذن من الرَّاهن، لأنَّ الأصل دوام الإذن.

وعند المالكيَّة: إن أذن له إذنًا مطلقًا، لم يحتج إلى تجديد إذنٍ، وإن أذن له إذنًا مقيَّدًا بأن قال: بعه إن لم آت بالدَّين في وقت كذا، لا بدَّ من مراجعة القاضي والاستئذان منه، ليثبت الغيبة وعدم الإتيان بالدَّين. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٣٤٣].

في الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٤٦٢: (فإن عزل الرَّاهن العدلَ أو المرتهنَ عن البيع صحَّ، ولم يملك البيع، وبهذا قال الشَّافعيُّ.

وقال أبو حنيفة، ومالكٌ: لا ينعزل؛ لأنَّ وكالته صارت من حقوق الرَّهن، فلم يكن للرَّاهن إسقاطه كسائر حقوقه، قال ابن أبي موسى: ويتوجَّه لنا مثل ذلك فإنَّ أحمد منع الحيلة، وهذا يفتح باب الحيلة للرَّاهن، فإنَّه يشترط ذلك للمرتهن؛ ليجيبه إليه، ثمَّ يعزله).

وقال ابن رجبٍ في القاعدة ٦٠: (ويتخرَّج وجهٌ ثالثٌ بالفرق بين أن يوجد حاكمٌ يأمر بالبيع أو لا).

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة؛ لأنَّ الحقَّ له فلم يجز حتَّى يأذن في البيع.

وإن باع العدل الرَّهن ثمَّ ظهر المبيع مستحَقًّا رجع المشتري على الرَّاهن إن

(وَوَفَّى الدَّيْنَ)؛ لأنَّه المقصودُ بالبيعِ[١]، وإن فَضَل مِن ثمنِه شيءٌ فلمالِكِه[٢]، وإن بقِيَ مِنه شيءٌ، فعلى الراهِنِ[٣].

(وَإِلَّا) يأذَنْ في البيعِ ولم يوفِّ؛ (أَجْبَرَهُ الحَاكِمُ عَلَى وَفَائِهِ أَوْ بَيْعِ الرَّهْنِ)؛ لأنَّ هذا شأْنُ الحاكِمِ، فإن امتَنَع حَبَسه أو عَزَّره حتى يَفعَلَ[٤]، (فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ)، أي: أصرَّ على الامتناعِ، أو كان غائبًا، أو تغيَّبَ[٥]؛ (بَاعَهَ

أعلمه العدل بأنَّه وكيلٌ، وإلَّا على الوكيل. [انظر: حاشية ابن قاسمٍ ٥/ ٧٧].

(١) ويحرم مَطْله.

(٢) لأنَّه ماله، وإنَّما البيع لوفاء الدَّين.

(٣) يؤدِّيه إلى المرتهن كسائر الدُّيون المرسلة.

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة.

وعند الحنفيَّة: للمرتهن مطالبة الرَّاهن بدينه، وأن يطالب بحبسه لدينه؛ لأنَّ حقَّه باقٍ بعد الرَّهن، والرَّهن لزيادة التَّوثيق والصِّيانة، فلا تمنع به المطالبة والحبس جزاء الظُّلم، وحبسه القاضي إن ظهر مَطْله، ولا يبيع القاضي المرهون؛ لأنَّه نوع حجرٍ، وفي الحجر إهدار أهليَّته فلا يجوز، ولكنَّه يديم الحبس عليه حتَّى يبيعه؛ دفعًا للظُّلم.

وعند المالكيَّة: يبيع الحاكم الرَّهن إن امتنع الرَّاهن من بيعه وهو معسرٌ أو امتنع من الوفاء وهو موسرٌ، ولا يحبس، ولا يضرب، ولا يهدَّد، وكذا يباع إذا غاب الرَّاهن مع ثبوت الدَّين والرَّهن ولو كان غيره أولى بالبيع. [انظر: حاشية ابن عابدين ٥/ ٩٥-٣١٠، شرح الزُّرقانيِّ ٥/ ١٥٣، نهاية المحتاج ٤/ ٢٧٤، كشَّاف القناع ٣/ ٣٤٢].

(٥) إذا غاب المرتهن:

المذهب، ومذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة: أنَّ المرتهن يرفع الأمر إلى

الحَاكِمُ وَوَفَّى دَيْنَهَ)[١]؛ لأنَّه حقٌّ تعيَّنَ عليه، فقام الحاكِمُ مَقامَهُ فيه.

وليس للمرتهِنِ بيعُه إلا بإذنِ ربِّه، أو الحاكِمِ[٢].

القاضي، والقاضي يبيع الرَّهن ويوفِّي الدَّين. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) لتعيينه طريقًا لأداء الواجب.

وفي الاختيارات ص ١٣٤: (وإذا لم يكن للمديون وفاءٌ غير الرَّهن وجب على ربِّ الدَّين إمهاله حتَّى يبيعه، فمتى لم يمكن بيعه إلَّا بخروجه من الحبس، أو كان في بيعه وهو في الحبس ضررٌ عليه وجب إخراجه ويضمن عليه، أو يمشي معه هو أو وكيله).

(٢) وهذا باتِّفاق الفقهاء: أنَّ المرتهن لا يملك بيع الرَّهن للاستيفاء عند حلول الأجل إلَّا بإذن الرَّاهن؛ لأنَّ الثَّابت للمرتهن هو ملك الحبس، وأمَّا ملك العين فهو باقٍ في ملكية الرَّاهن، والبيع تمليكٌ فلا يملكه المرتهن من غير إذن الرَّاهن.

واشترط الشَّافعيَّة: أن يكون البيع بحضرة الرَّاهن، وإلَّا بأن باعه في غيبته فلا يصحُّ؛ لأنَّه يبيع لغرض نفسه فيتَّهم في الاستعجال، ومن ثَمَّ لو قدَّر له الثَّمن صحَّ مطلقًا، وكذا لو كان الدَّين مؤجَّلًا ما لم يأذن له في استيفاء حقِّه من ثمنه؛ للتُّهمة.

ويأتي تصرُّف المرتهن بالبيع لإيفاء الدَّين، وإذا أذن المرتهن للرَّاهن فيما ينقل الملكيَّة بطل الرَّهن، إلَّا إن شرط عليه أن يجعل ثمنه رهنًا مكانه. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ١٤٦، المدوَّنة ٥/ ٣٠٤، التَّفريع ٢/ ٢٦٥، الأمَّ ٣/ ١٧٢، المحرَّر ١/ ٣٧٧].

فرعٌ: عند المالكيَّة: إذا باعه - الرَّاهن - بعده فإمَّا أن يبيعه بأقلَّ من الدَّين أو بأكثر أو بمساوٍ له، وفي كلٍّ إمَّا أن يكون الدَّين عينًا مطلقًا أو عرضًا من بيعٍ أو من قرضٍ، فإن باعه بأقلَّ من الدَّين ولم يكمل له ما نقص من الدَّين خيِّر

(فَصْلٌ)[(١)]

(وَيَكونُ) الرهنُ (عِنْدَ مَنِ اتفقَا عَلَيْهِ)[(٢)]، فإذا اتَّفقَا أنْ يكونَ تحتَ يدِ جائزِ التَّصرُّفِ؛ صحَّ[(٣)]، وقام قَبْضُه مَقامَ قبضِ المرتهنِ.

المرتهن بين أن يردَّ البيع ويرجع الرَّهن لما كان عليه من الرَّهنيَّة، أو يجيزه ويأخذ الثَّمن ويطالب ببقيَّة دينه، سواءٌ كان الدَّين عرضًا من بيعٍ أو من قرضٍ أو كان عينًا مطلقًا، وإن كمَّله له أخذه ولا كلام له، فإن باعه بمساوٍ أو أكثر، فإن كان الدَّين عينًا مطلقًا أو عرضًا من قرضٍ فلا كلام للمرتهن، بل البيع لازمٌ، ويعجَّل الدَّين، وإن كان عرضا من بيع خيِّر المرتهن في ردِّ البيع وإمضائه، فإن ردَّ بيعه رجع رهنًا، وإن أمضاه عجَّل الدَّين، فالخيار في خمس صورٍ، ولزوم البيع في أربعةٍ.

(١) فيمن يكون الرَّهن عنده.

(٢) لأنَّ الحق لا يعدوهما.

(٣) المذهب، وهو قول الحنفيَّة، والمالكيَّة، والشَّافعيَّة: صحَّة وضع الرَّهن تحت يد عدلٍ؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، وهذا يشمل قبض المرتهن، وقبض العدل، ولحديث أبي هريرة ﵁ مرفوعًا: «المسلمون على شروطهم»، واتِّفاق الرَّاهن والمرتهن على وضعه في يد عدلٍ اشتراطٌ فيما بينهم، ولجواز النِّيابة في الحقوق.

وعند ابن حزمٍ: لا يصحُّ وضع الرَّهن في يد عدلٍ؛ لقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾.

والنَّبيُّ ﷺ أقبض الدِّرع من له دينٌ.

ونوقش: بأنَّ فعل النَّبيِّ ﷺ إنَّما هو جارٍ على الأصل، وهو أنَّ الرَّهن يكون

ولا يجوزُ تحتَ يدِ صبيٍّ، أو عبدٍ بغيرِ إذنِ سيدِه(١)، أو مكاتَبٍ بغيرِ

مقبوضًا عند المرتهن، ولا دلالة في ذلك على عدم جواز وضعه عند غير المرتهن، ولأنَّ قبض العدل في معنى قبض المرتهن فليس بمخالفٍ للكتاب والسُّنَّة، وعلى هذا فالرَّاجح قول جمهور أهل العلم.

فرعٌ: هلاك العين المرهونة في يد العدل: المذهب، وهو مذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة: أنَّ الرَّهن إذا تلف في يد العدل، فهو من ضمان الرَّاهن؛ لأنَّ العدل أمينٌ، والرَّهن ملكٌ للرَّاهن، فإذا تلف فإنَّه يتلف من ضمان المالك كسائر الأمانات.

وعند الحنفيَّة: أنَّ الرَّهن إذا تلف في يد العدل من ضمان المرتهن؛ لأنَّ يد المرتهن يدٌ ماليَّةٌ.

فرعٌ: عند الحنفيَّة العدل له أن يبيع بأيِّ جنسٍ كان من الدَّراهم أو الدَّنانير، وبأيِّ قدرٍ كان، وبالنَّقد والنَّسيئة؛ لأنَّ الأمر بالبيع مطلق، وهو يصدق على كلِّ ما تقدَّم.

وعند المالكيَّة: يبيع بمثل قيمة الرَّهن، فإن نقص فالرَّاهن أحقُّ بالعين، فله أن يستردَّها، وإن تداولتها الأيدي بالملك فله أخذها بأيِّ بيعٍ شاء كالشُّفعة.

[انظر: الهداية ٤/ ١٤١، الإشراف ٢/ ٥، حلية العلماء ٤/ ٤١٣، مغني المحتاج ٢/ ١٣٣، المبدع ٤/ ٢٣٠، المحلَّى ٨/ ٨٨].

وتقدَّم جائز التَّصرُّفات في أوَّل كتاب البيع.

وسواءٌ كان مسلمًا أو كافرًا، عدلًا أو فاسقًا، ذكرًا أو أنثى، لأنَّه جاز توكيله في غير الرَّهن، فجاز توكيله فيه. [انظر: المغني ٦/ ٤٧١].

(١) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٤٣: (فإن فعلا، أي: جعلاه تحت يد صبيٍّ أو نحوه فقبضه وعدمه سواءٌ لا أثر له، ولا عبدًا بغير إذن سيِّده؛ لأنَّ منافعه لسيِّده فلا يجوز تضييعها في الحفظ من غير إذنه).

جُعْلٍ إلا بإذنِ سيِّدِه[١].

وإنْ شَرَط جَعْلَه بيدِ اثنين؛ لم يَنفرِدْ أحدُهما بحفظِه[٢].

وليس للرَّاهِنِ ولا للمرتهِنِ إذا لم يَتَّفِقا، ولا للحاكمِ، نقلُهُ عن يدِ العدلِ، إلا أن تتغيَّرَ حالُه[٣]، ....

(١) لأنَّه ليس له التَّبرُّع بمنافعه، وإن كان بجعلٍ جاز؛ لأنَّ له الكسب بغير إذن سيِّده. [انظر: المصدر السَّابق].

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة؛ لأنَّ المتراهنين لم يرضيا إلَّا بحفظ العدل أو العدول، فلم يَجز لأحدهما الانفراد بالتَّصرُّف كالأوصياء.

وعند أبي حنيفة: إن كان الرَّهن ممَّا يقسم لا يملك الانفراد بالحفظ؛ لعدم مشقَّة حفظه، وذلك بتقسيمه وجعل كلِّ قسمٍ عند واحدٍ.

وإن كان ممَّا لا يقسم فله الانفراد بالتَّصرُّف للمشقَّة في اجتماع العدول على حفظه في جميع الأوقات.

وعند أبي يوسف، ومحمَّد بن الحسن: أنَّ له الانفراد بالتَّصرُّف مطلقًا؛ للمشقَّة. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٥/ ٤٤٤، المهذَّب ١/ ٣١٧، حلية العلماء ٤/ ٤٢٩، غاية المنتهى ٢/ ٩٣].

(٣) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٤٥: (فإن تغيَّر حال العدل بفسقٍ أو ضعفٍ أو حدثت عداوةٌ بينه وبينهما، أو بينه وبين أحدهما، فلمن طلب نقله - أي: الرهن - عن يده؛ له ذلك؛ لدعاء الحاجة إليه، ويضعانه... في يد من اتَّفقا عليه، فإن اختلفا فيمن يضعانه عنده وضعه الحاكم عند عدلٍ؛ قطعًا للنزاع، وإن اختلفا في تغيُّر حاله - أي: العدل - بحث الحاكم عن حاله، وعمل بما ظهر له؛ لأنَّه محلُّ اجتهادٍ، وهكذا لو كان الرَّهن في يد المرتهن فتغيَّرت حاله في الثِّقة والحفظ فللرَّاهن رفعه عن يده إلى الحاكم ليضعه في يد عدلٍ؛ لدعاء الحاجة إلى ذلك).

وللوكيلِ ردُّه عليهما، لا على أحدِهما[١].

(وَإِنْ أَذِنَا لَهُ فِي البَيْعِ)[٢]، أي: بيعِ الرهنِ؛ (لَمْ يَبِعْ إِلَّا بِنَقْدِ البَلَدِ)؛ لأنَّ الحظَّ فيه لرَوَاجِه[٣]، فإن تعدَّد باعَ بجِنسِ الدَّيْنِ[٤]، فإن عدِمَ فبما ظنَّه

---

(١) لأنَّه أمينٌ متطوِّعٌ بالحفظ فلم يلزمه المقام عليه، فإن امتنعا أجبرهما الحاكم، فإن امتنعا ولم يجد حاكمًا فتركه عند عدلٍ لم يضمن.

(٢) باتِّفاق الفقهاء أنَّ العدل لا يملك بيع الرَّهن للوفاء إلَّا بإذن الرَّاهن سواءٌ كان هذا الإذن عند العقد أو بعده. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٣) إن عيَّن للعدل نقدًا معيَّنًا وجب عليه البيع به؛ لأنَّه وكيلٌ في البيع، والوكيل يتقيَّد بما قيَّده به الموكِّل.

فإن لم يعيَّن للعدل نقدٌ فالمذهب: يلزمه البيع بنقد البلد، فإن تعدَّد باع بالغالب، فإن تساوت باع بجنس الدَّين، فإن لم يكن جنس الدَّين باع بما يراه أصلح، فإن تردَّد عيَّنه الحاكم؛ لأنَّ هذا هو الأحظُّ للمتعاقدين.

وصوَّب المرداويُّ: أنَّه مع التَّساوي يبيع بما يراه أصلح.

وعند الشَّافعيَّة: يبيع بنقد البلد، فإن تعدَّد فبما هو أنفع للرَّاهن، فإن تساوت فبما هو من جنس الدَّين، فإن لم يكن فبما شاء؛ لأنَّ البيع بما هو أنفع للرَّاهن عند التَّعدُّد لا يضرُّ المرتهن.

وعند أبي حنيفة: يملك البيع بأيِّ ثمنٍ كان، ومن أيِّ جنسٍ كان؛ لأنَّ الإذن بالبيع مطلق، فيشمل البيع بأيِّ ثمنٍ.

ونوقش: بأنَّ هذا الإطلاق مقيَّدٌ بالعرف، وهو نقد البلد. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/١٤٩، المهذَّب ١/٤٢٦، روضة الطَّالبين ٤/٩١، المغني ٦/٤٧٥، الفروع ٤/٢٢٦، المبدع ٤/٢٣٢، الإنصاف ٥/١٦٣].

(٤) لأنَّه أقرب إلى وفاء الحقِّ.

أصلَحَ[١]، فإن تساوَت عيَّنَه حاكمٌ[٢].

وإن عيَّنَا نَقدًا تعيَّن، ولم تجُزْ مخالَفَتُهُما[٣]، فإن اختلفَا لم يُقبَلْ قولُ واحدٍ منهما، ويُرفَعُ الأمرُ للحاكمِ، ويأمرُ ببَيْعِهِ بنَقْدِ البلدِ[٤]، سواءٌ كان مِن جنسِ الحقِّ أو لم يَكُن، وافَقَ قولَ أحدِهما أوْ لَا[٥].

---

(١) لأنَّ الغرض تحصيل الحظِّ.

(٢) لأنَّه محلُّ اجتهادٍ، وهو أعرف بالحظِّ.

(٣) لأنَّه وكيلٌ، والحقُّ لهما.

(٤) وهذا هو المذهب؛ لأنَّ لكلٍّ واحدٍ منهما فيه حقًّا، للرَّاهن ملك الثَّمن، وللمرتهن حقُّ الوثيقة واستيفاء حقِّه.

وقال ابن قدامة: (والأَولى أن يبيعه بما يرى الحظَّ فيه). [انظر: المغني ٦/ ٤٧٥، المبدع ٤/ ٢٣٢، الإنصاف ٥/ ١٦٣].

(٥) في الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٤٥٦: (إذا خرج المبيع مستحَقًّا فالعهدة على الرَّاهن دون العدل إذا علم المشتري أنَّه وكيلٌ، وهكذا كلُّ وكيلٍ باع مال غيره . . .، ولا شيء على العدل.

فإن قيل: لم لا يرجع المشتري على العدل؛ لأنَّه قبض الثَّمن بغير حقٍّ؟

قلنا: لأنَّه سلَّمه إليه على أنَّه أمينٌ في قبضه يسلِّمه إلى المرتهن فلذلك لم يجب الضَّمان عليه، وأمَّا المرتهن فقد بان له أنَّ عقد الرَّهن كان فاسدًا، فإن كان مشروطًا في بيع ثبت له الخيار فيه، وإلَّا سقط حقُّه . . .، فإن كان المشتري ردَّه بعيبٍ لم يرجع على المرتهن؛ لأنَّه قبض الثَّمن بحقٍّ، ولا على العدل لأنَّه أمينٌ، ويرجع على الرَّاهن.

فأمَّا إن كان العدل حين باعه لم يعلم المشتري أنَّه وكيلٌ، كان للمشتري الرُّجوع عليه ويرجع على الرَّاهن إن أقرَّ بذلك أو قامت به بيِّنةٌ، وإن أنكر ذلك، فالقول قول العدل مع يمينه . . .) اهـ.

(وَإِن) باع بإذنِهما و(قَبَضَ الثَّمَنَ، فَتَلِفَ فِي يَدِهِ) مِن غيرِ تفريطٍ؛ (فَمِنْ ضَمَانِ الرَّاهِنِ)؛ لأنَّ الثمنَ في يدِ العدْلِ أمانةٌ، فهو كالوكيلِ(١).

(وَإِنِ ادَّعَى) العدْلُ (دَفْعَ الثَّمَنِ إِلَى الْمُرْتَهِنِ، فَأَنْكَرَهُ، وَلَا بَيِّنَةَ) للعدلِ بدفعِه للمرتهنِ، (وَلَمْ يَكُنِ) الدَّفْعُ (بِحُضُورِ الرَّاهِنِ؛ ضَمِنَ) العدلُ؛ لأنَّه فرَّط حيثُ لم يُشهِدْ(٢)، ولأنَّه إنما أُذِن له في قضاءٍ مُبرئٍ، ولم يحصُلْ، فيَرجِعُ المرتهِنُ على راهنِه(٣)، ثم هو على العدلِ(٤).

وإن كان القضاءُ ببيِّنةٍ لم يَضمَنْ؛ لعدمِ تفريطِه، سواءٌ كانت البينةُ قائِمَةً أو

---

(١) والأمين لا يضمن ما لم يتعدَّ أو يفرِّط، وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة.

(٢) وهذا هو المذهب؛ لما علَّل به المؤلف.

وقيل: يصدَّق العدل مع يمينه على راهنه، ولا يصدَّق على المرتهن، وهذا مذهب الشَّافعيِّ، اختاره القاضي؛ لأنَّ العدل وكيل الرَّاهن في دفع الثَّمن إلى المرتهن، وليس بوكيلٍ للمرتهن في ذلك، إنَّما هو وكيله في الحفظ فقط، فلم يقبل قوله عليه فيما ليس بوكيلٍ له فيه.

وقيل: يقبل قوله على المرتهن في إسقاط الضَّمان عن نفسه، ولا يقبل في نفي الضَّمان عن غيره، ذكره الشَّريف أبو جعفرٍ، وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأنَّه أمينٌ فقبل قوله في إسقاط الضَّمان عن نفسه، كالمودع يدَّعي ردَّ العاريّة. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٢/٤٥٨، ٤٥٩].

(٣) بعد اليمين.

(٤) لتفريط العدل، وللمرتهن الرُّجوع على أيِّهما شاء بعد حلفه، وإن رجع على العدل لم يرجع العدل على أحدٍ؛ لأنَّه يقرُّ ببراءة ذمَّة الرَّاهن، ويدَّعي أنَّ المرتهن ظلمه. [انظر: كشَّاف القناع ٣/٣٤٨].

مَعدومةً[١]، كما لو كان بِحضرةِ الراهنِ؛ لأنَّه لا يُعدُّ مُفَرِّطًا؛ (كَوكِيلٍ) في قضاءِ الدَّيْنِ، فحُكمُه حُكمُ العَدْلِ فيما تقدَّم[٢]؛ لأنَّه في معناه.

(وَإِنْ شَرَطَ أَلَّا يَبِيعَهُ)[٣] المرتهِنُ (إِذَا حَلَّ الدَّيْنُ)؛ ففاسِدٌ؛ لأنَّه شَرطٌ

(١) أي: سواءٌ كانت البيِّنة حاضرةً أو غائبةً، حيَّةً أو ميِّتةً، إن صدَّقه الرَّاهن في ذلك، فإن لم يصدِّقه فقوله؛ لأنَّ الأصل عدم ذلك.

(٢) من رجوع المرتهن على الرَّاهن، والرَّاهن على العدل، فكذلك يرجع صاحب الدَّين على الموكِّل، والموكِّل على الوكيل، إذا لم يقض الدَّين بحضوره أو بحضور البيِّنة.

(٣) قال ابن قدامة في المغني ٦/ ٥٠٥: (الشُّروط في الرَّهن قسمان: صحيحٌ، وفاسدٌ، فالصَّحيح مثل: أن يشترط كونه على يدي عدلٍ أو عدلين أو أكثر، أو أن يبيعه العدل عند حلول الحقِّ، ولا نعلم في صحَّته خلافًا.

القسم الثَّاني: الشُّروط الفاسدة، وهو أن يشترط ما ينافي مقتضى الرَّهن نحو أن لا يباع الرَّهن عند حلول الحقِّ، أو أن لا يستوفى الدَّينُ من ثمنه، أو ألَّا يباع ما خيف تلفه، أو بيع الرَّهن بأيِّ ثمنٍ كان، أو أن لا يبيعه إلَّا بما يرضيه، فهذه شروطٌ فاسدةٌ لمنافاتها مقتضى العقد، فإنَّ المقصود مع الوفاء بهذه الشُّروط مفقودٌ، وكذلك إن شرطا الخيار للرَّاهن، أو أن لا يكون العقد لازمًا في حقِّه، أو توقيت الرَّهن . . .، فهذه كلُّها فاسدةٌ؛ لأنَّ منها ما ينافي مقتضى العقد، ومنها ما لا يقتضيه العقد، ولا هو من مصلحته).

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٢/ ٤٦٤: (اعلم أنَّ كلَّ شرطٍ وافق مقتضى العقد إذا وجد لم يؤثِّر في العقد، وإن لم يقتضه العقد، كالمحرَّم، والمجهول، والمعدوم، وما لا يُقدر على تسليمه، ونحوه، أو نافى العقد، كعدم بيعه عند الحلول، أو جاءه بحقِّه في محلِّه وإلَّا فالرَّهن له، فالشَّرط فاسدٌ، وفي صحَّة الرَّهن روايتان: إحداهما: لا يصحُّ، والثَّانية: يصحُّ وهو المذهب) اهـ.

يُنافي مُقتضَى العقدِ(١)؛ كشرطِه أنْ لا يَستوفِيَ الدَّيْنَ مِن ثمنِه، أو لا يُباعَ ما خِيفَ تَلفُه(٢).

(أَوْ) شَرَط (**إِنْ جَاءَهُ بِحَقِّهِ فِي وَقْتِ كَذَا وَإِلَّا فَالرَّهْنُ لَهُ**)، أي: للمرتهِنِ بدَينِه؛ (**لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ وَحْدَهُ**)(٣)؛ ....

وهذا هو المذهب، وهو مذهب الحنفيَّة: صحَّة العقد، وبطلان الشَّرط المخالف لمقتضى العقد؛ لحديث عائشة رضي الله عنها مرفوعًا: «كلُّ شرطٍ ليس في كتاب الله فهو باطلٌ»، متَّفقٌ عليه، ولحديث أبي هريرة رضي الله عنه، وفيه قوله ﷺ: «لا يغلق الرَّهن...، له غنمه وعليه غرمه»، فالنَّبيُّ ﷺ أبقى العقد، وأبطل الشَّرط.

وعند المالكيَّة، والشَّافعيَّة: الرَّهن فاسدٌ، والشَّرط فاسدٌ؛ لحديث عائشة السَّابق.

ونوقش: بأنَّ النَّبيَّ ﷺ أبطل الشَّرط فقط.

(١) إذ مقتضى العقد أنَّ الرَّاهن إذا لم يوفِّ الدَّين بِيعَ الرَّهن، ووِّفي الدَّين من ثمنه.

(٢) كبطِّيخٍ.

(٣) وهذا هو غلق الرَّهن على المذهب.

وفي نيل الأوطار ٥/ ٢٣٦: (وروى عبد الرَّزَّاق عن معمرٍ أنَّه فسَّر إغلاق الرَّهن بما إذا قال الرَّجل: إن لم آتك بمالك فالرَّهن لك...، وقد روي أنَّ المرتهن في الجاهليَّة كان يتملَّك الرَّهن إذا لم يؤدِّ الرَّاهن إليه ما يستحقُّه في الوقت المضروب، فأبطله الشَّارع).

ويفسد الشَّرط وحده، وهو المذهب، ومذهب الحنفيَّة؛ لحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «كلُّ شرطٍ ليس في كتاب الله فهو باطلٌ»، متَّفقٌ عليه.

وعند المالكيَّة، والشَّافعيَّة: الرَّهن فاسدٌ، والشَّرط فاسدٌ؛ لحديث عائشة السَّابق.

لقولِه ﷺ: «لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ» رواه الأثرمُ(١)، وفسَّره الإمامُ بذلك(٢)، ويصحُّ الرهنُ؛ للخبرِ(٣).

(وَيُقْبَلُ قَوْلُ رَاهِنٍ فِي قَدْرِ الدَّيْنِ)، بأن قال المرتهِنُ: هو رهنٌ بألفٍ، قال الراهنُ: بل بمائةٍ فقط(٤).

ونوقش: بأنَّ النَّبيَّ ﷺ أبطل الشَّرط فقط.

وفي روايةٍ عن أحمد، واختاره شيخ الإسلام: العقد صحيحٌ، والشَّرط صحيحٌ؛ لأنَّ المسلمين على شروطهم، والأصل في الشُّروط والعقود الصِّحَّة.

(١) تقدم تخريج الحديث.

(٢) في المغني ٦/ ٥٠٧: (قلت - أي: الأثرم - لأحمد: ما معنى قوله: «لا يغلق الرَّهن»، قال: لا يدفع رهنًا إلى رجلٍ ويقول: إن جئتك بالدَّراهم إلى كذا وكذا، وإلَّا فالرَّهن لك، قال ابن المنذر: هذا معنى قوله: «لا يغلق الرَّهن»، عند مالكٍ والثَّوريِّ وأحمد) اهـ.

(٣) فنفى غلق الرَّهن دون أصله فدلَّ على صحَّته، ولأنَّ الرَّاهن رضي برهنه مع هذا الشَّرط فمع بطلانه أَولى أن يرضى به، وهذا هو المذهب، وعن الإمام أحمد: أنَّ الرَّهن يبطل؛ لأنَّه علَّق البيع على شرطٍ، والبيع المعلَّق بشرطٍ لا يصحُّ. [انظر: المصدر السَّابق].

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١١/ ٢٥٠: (وقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: لا يبطل الثَّاني - أي: الشَّرط - وإن لم يأته صار له، وفعله الإمام قاله في الفائق).

(٤) وهذا هو المذهب، وهو قول الحنفيَّة، والشَّافعيَّة؛ لقوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾، فالله وعظ الَّذي عليه الدَّين أن لايبخس منه شيئًا، ممَّا يدلُّ على أنَّ القول قوله، ولأنَّ الرَّاهن منكرٌ للزِّيادة الَّتي يدَّعيها المرتهن، والقول قول منكرٍ، وللقياس على ما لو اختلف في أصل

(وَ) يُقبَلُ قولُه أيضًا في قَدْرِ (الرَّهْنِ)، فإذا قال المرتهِنُ: رَهَنْتَنِي هذا العبدَ والأمةَ، وقال الراهنُ: بل العبدَ وحدَه، فقولُه؛ لأنَّه مُنْكِرٌ[١].

الرهن فالقول قول الراهن فكذا هنا.

وعند مالكٍ: أنَّ القول قول المرتهن، ما لم يدَّع أكثر من قيمة الرَّهن.

وقال شيخ الإسلام: (القول قول المرتهن ما لم يدَّع أكثر من قيمة الرَّهن، وهو قول مالكٍ والحسن وقتادة). [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٤٧٨].

قال ابن القيِّم في الطُّرق الحكميَّة ص ١٩/ ٢٧: (وهو الرَّاجح في الدَّليل؛ لأنَّ الله جعل الرَّهن بدلًا من الكتاب والشُّهود فكأنَّه النَّاطق بقدر الحقِّ، وإلَّا فلو كان القول قول الرَّاهن لم يكن الرَّهن وثيقةً، ولا بدلًا من الكتاب والشَّاهد، فدلالة الحال تدلُّ على أنَّه إنَّما رهنه على قيمته أو ما يقاربها)، ولأنَّ الظَّاهر: أنَّ الرَّهن بقيمة الدَّين لا بأكثر وهذا جرى به العرف، وهذا أقرب. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) اختلاف المتعاقدين في قدر الرَّهن:

المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: أنَّ القول الرَّاهن؛ لأنَّ الأصل عدم الرَّهن إلَّا فيما أقرَّ به الرَّاهن، وعند الحنفيَّه: يحلف كلُّ واحدٍ منهما على دعوى صاحبه، ويترادَّان؛ لأنَّهما اختلفا في قدر ما وقع عليه العقد، وهو يوجب التَّحالف، كما في البيع.

وعند المالكيَّة: أنَّ القول قول المرتهن لأنَّه غارمٌ، ما لم تكن هناك بيِّنةٌ، أو قرينةٌ، كما تقدَّم في قدر الدَّين.

فرعٌ: خلاف المتعاقدين في أصل عقد الرَّهن، بأن يقول شخصٌ رهنتني دارك هذه في الدَّين، فينكر الرَّاهن.

فالمذهب، وهو مذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة: أنَّ القول قول المنكر؛ لأنَّ

(وَ) يُقبلُ قولُه أيضًا في (رَدِّهِ)؛ بأن قال المرتهِنُ: ردَدتُه إليك، وأنكر الراهِنُ، فقولُه؛ لأنَّ الأصلَ معه[١]، والمرتهِنُ قَبَض العينَ لمنفعتِه، فلم يُقبَلْ قولُه في الردِّ؛ كالمستأجِرِ.

(وَ) يُقبلُ قولُه أيضًا في (كَوْنِهِ عَصِيرًا لَا خَمْرًا) في عقدٍ شُرِط فيه[٢]، بأن قال: بِعْتُك كذا بكذا على أن ترهَنَنِي هذا العصيرَ، وقَبِلَ على ذلك، وأقبَضَهُ له، ثم قال المرتهِنُ: كان خمرًا فلي فَسْخُ البيعِ، وقال الراهِنُ: بل كان عصيرًا فلا فَسْخَ، فقولُه؛ لأنَّ الأصلَ السلامةُ[٣].

الأصل معه.

* اختلاف المتعاقدين في عين المرهون: بأن قال: رهنتك هذا الكتاب، فقال: لا بل هذا الكتاب.

فالمذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: أنَّ القول قول الرَّاهن لأنَّه منكرٌ، والأصل معه.

وعند الحنفيَّة: القول قول المرتهن؛ لأنَّه القابض للرَّهن.

* اختلاف المتعاقدين في هلاك المرهون: هل كان عند الرَّاهن، أو المرتهن؟.

فالمذهب، و مذهب الشَّافعيَّة: أنَّ القول قول المرتهن؛ لأنَّ يده يد أمانةٍ.

وعند الحنفيَّة: أنَّ القول قول الرَّاهن؛ لأنهم يرون أنَّه مضمونٌ على المرتهن.

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفيَّة، والشَّافعيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف.

ولو أقاما بيِّنتين قدِّمت بيِّنة الرَّاهن؛ لأنَّها تثبت استيفاء الحقِّ، وبيِّنة المرتهن تنفي ذلك، والمثبتة أَولى.

(٢) أي: رهن العصير في الثَّمن المؤجَّل.

(٣) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٥٣: (أو قال الرَّاهن: أقبضتك عصيرًا في عقد شرط

(وَإِنْ أَقَرَّ) الراهِنُ (أَنَّهُ)، أي: أنَّ الرهنَ (مِلْكُ غَيْرِهِ)(١)؛ قُبِلَ على نفسِه دونَ المرتهِنِ(٢)، فيلزَمُه ردُّه للمُقَرِّ له إذا انْفَكَّ الرهنُ، (أَوْ) أقرَّ (أَنَّهُ)، أي: أنَّ الرهنَ (جَنَى؛ قُبِلَ) إقرارُ الراهِنِ (عَلَى نَفْسِهِ)(٣) لا على المرتهِنِ إن كذَّبَه؛ لأنه مُتَّهَمٌ في حقِّه(٤)، وقولَ الغيرِ على غيرِه غيرُ مقبولٍ(٥)، (وَحُكِمَ بِإِقْرَارِهِ بَعْدَ فَكِّهِ)، أي: فكِّ الرهنِ(٦) بوفاءِ الدَّيْنِ أو الإبراءِ منه، ....

فيه رهنه بأن باعه بشرط أن يرهنه هذا العصير وأقبضه إيَّاه ثمَّ وجده خمرًا، فقال الرَّاهن: أقبضتك عصيرًا وتخمر عندك فلا فسخ لك؛ لأنِّي وفَّيت بالشَّرط، فقال المرتهن: بل أقبضتنيه خمرًا، فلي الفسخ لعدم الوفاء بالشَّرط، فقول الرَّاهن).

(١) بأن باعه أو وهبه أو غصبه قبل الرَّهن.

(٢) إذ لا عذر لمن أقرَّ، ولا يقبل إقراره على المرتهن؛ لأنَّه متَّهمٌ في حقِّه، وقول الإنسان على غيره غير مقبولٍ. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٣٥٤].

(٣) في الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٤٨٨: (وجملته: أنَّه إذا أقرَّ الرَّاهن أنَّ العبد كان جنى قبل رهنه فكذَّبه المرتهن وولي الجناية لم يسمع قوله، وإن صدَّقه وليُّ الجناية وحده قُبل إقراره على نفسه دون المرتهن، ويلزمه أرش الجناية؛ لأنَّه حال بين المجنيِّ عليه وبين رقبة الجاني بفعله، فأشبه ما لو جنى عليه، وإن كان معسرًا فمتى انفكَّ الرَّهن كان المجنيُّ عليه أحقَّ برقبته، وعلى المرتهن اليمين أنَّه لا يعلم ذلك، فإن نكل قضي عليه.

وفيه وجهٌ آخر: أنَّه يُقبل إقرار الرَّاهن؛ لأنَّه غير متَّهمٍ لكونه يقرُّ بما يخرج الرَّهن من ملكه، وعليه اليمين؛ لأنَّه يبطل بإقراره حقَّ المرتهن فيه).

(٤) ليبطل بإقراره حقَّ المرتهن.

(٥) فلا يخرج من الرَّهن، ولا يزول شيءٌ من أحكام الرَّهن.

(٦) فيأخذ المشتري وموهوبٌ له ومغصوبٌ منه الرَّهن إذا انفكَّ؛ لزوال المعارض، ومجنيٌّ عليه يأخذ الأرش أو يسلَّم له الجاني. [انظر: حاشية

(إِلَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ المُرْتَهِنُ) فيَبطُلُ الرهنُ؛ لوجودِ المقتضِي السَّالمِ عن المعارِضِ[١]، ويُسلَّمُ للمُقَرِّ له به[٢].

  

ابن قاسم ٥/ ٨٩].

(١) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٥٤: (ويلزم المرتهن اليمين إذا طلب منه أنَّه يعلم صدق ذلك الَّذي أقرَّ به الرَّاهن، فإن نكل المرتهن عن اليمين قضي عليه بالنُّكول).

(٢) أي: بالرَّهن إن صدَّقه.

(فَصْلٌ)(١)

---

(١) في الانتفاع بالرَّهن، له حالان:

الحال الأولى: انتفاع الرَّاهن: يجوز للرَّاهن أن ينتفع بالعين المرهونة؛ إذ هي ملكه،لكن اشترط الحنابلة والحنفيَّة إذن المرتهن، قياسًا للرَّهن على البيع، فكما يثبت للبائع حقُّ حبس المبيع فيكون المشتري ممنوعًا من الانتفاع به، كذلك الرَّاهن يمنع من الانتفاع بالمرهون.

وعند المالكيَّة، والشَّافعيَّة: للرَّاهن أن يستوفي منافع المرهون على وجهٍ لا ضرر فيه على المرتهن، كاستخدام العبد، وسكنى الدَّار، ولبس الثَّوب إذا لم ينقص في ذلك؛ لحديث أبي هريرة: «لا يغلق الرَّهن من صاحبه الَّذي رهنه، له غنمه، وعليه غرمه»، فقوله: «له غنمه، وعليه غرمه»، يقتضي جواز الانتفاع؛ ولأنَّه لا يتنافى مع عقد الرَّهن، وهو تعيُّن المرهون للبيع في سبيل إيفاء الدَّين. [انظر: المبسوط ٢١/١٠٦، مواهب الجليل ٥/١٢، الأمّ ٣/١٥٨، تحفة المحتاج ٥/٥١، المبدع ٤/٢٢٢].

الحال الثَّانية: انتفاع المرتهن بالرَّهن له حالتان:

الأولى: أن يكون بإذن الرَّاهن، فيجوز إذا لم يكن سببه القرض؛ لأنَّه ملك الراهن، ومن ملك شيئًا ملك تمليكه.

وأمَّا إذا كان سببه القرض فلا يجوز؛ إذ كلُّ قرضٍ جرَّ نفعًا فهو ربًا. [انظر: المبسوط ٢١/١٠٦، الشَّرح الكبير للدَّردير ٣/٢٤٦، تكملة المجموع ١٣/ ٢٤٣، الفروع ٤/٢٢٥].

الثَّانية: أن لا يكون بإذن الرَّاهن، فأقسامٌ:

الأوَّل: أن يكون حيوانًا محلوبًا أو مركوبًا.

فالمذهب: أنَّ المرتهن يملك الانتفاع بالمرهون بقدر النَّفقة متحرِّيًا العدل؛

. . . .

لما استدلَّ به المؤلِّف من الحديث.

ونوقش: بأنَّه منسوخٌ بحديث ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعًا: «لا يحلبنَّ أحدٌ ماشية امرئٍ بغير إذنه»، متَّفقٌ عليه.

وأجيب: بأنَّ النَّسخ لا يصار إليه إلَّا مع تعذُّر الجمع، والجمع هنا ممكنٌ فحديث ابن عمر عامٌّ، وحديث: «الرَّهن يركب بنفقته» خاصٌّ، فيخصَّص بجواز الانتفاع بلا إذنٍ بحديث ابن عمر رضي الله عنهما.

ونوقش أيضًا: بأنَّه مجملٌ؛ لأنَّ فاعل الرُّكوب والحلب لم يتعيَّن.

وأجيب: بعدم التَّسليم فلا إجمال في الحديث، فالقرينة تدلُّ على أنَّ المراد المرتهن، أمَّا الرَّاهن فانتفاعه بالمرهون لكونه مالكًا لا لأجل النَّفقة، وقد جاء في اللَّفظ الآخر: «إذا كانت الدَّابَّة مرهونةً فعلى المرتهن علفها».

ونوقش أيضًا: بأنَّه خلاف القياس؛ لما في ذلك من التَّجويز لغير المالك أن يشرب ويركب بغير إذن المالك، ولما في ذلك من التَّضمين بالنَّفقة لا بالقيمة.

وأجاب ابن القيِّم: بأنَّه ليس مخالفًا للقياس بل موافقٌ له؛ لأنَّ مقتضى العدل والقياس ومصلحة الرَّاهن والمرتهن والحيوان أن يستوفي المرتهن منفعة الرُّكوب والحلب ويعوِّض عنهما بالنَّفقة؛ لأنَّ نفقة الحيوان واجبةٌ على صاحبه، والمرتهن إذا أنفق عليه أدَّى عنه واجبًا فله أن يرجع ببدله. [انظر: معالم السُّنن ٣/ ١٦١، وعمدة القاري ١٠/ ٣٩٩، وفتح الباري ٥/ ١٤٤، إعلام الموقِّعين ٢/ ٤٢، نيل الأوطار ٣/ ٢٣٤].

وعند جمهور أهل العلم: أنَّ المرتهن لا يملك الانتفاع بالمركوب والمحلوب بلا إذنٍ؛ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه مرفوعًا: «لا يغلق الرَّهن، له غنمه، وعليه غرمه».

وأجاب ابن قدامة: بأنَّنا نقول بموجبه، ولكن للمرتهن ولاية صرفها أي: غنمه إلى نفقته؛ لثبوت يده عليه، فهو كالنَّائب عن المالك في ذلك.

(وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَرْكَبَ) مِن الرهنِ (مَا يُرْكَبُ، وَ) أنْ (يَحْلُبَ مَا يُحْلَبُ بِقَدْرِ نَفَقَتِهِ) مُتحرِّيًا للعدلِ(١)، (بِلَا إِذْنِ) راهنٍ؛ لقولِه ﷺ: «الظَّهْرُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، وَعَلَى الَّذِي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ النَّفَقَةُ»، رواه البخاري(٢)، وتُسْتَرضَعُ الأَمةُ بقَدْرِ نفقتِها، وما عدا ذلك مِن الرهنِ لا يَنتفِعُ به إلا بإذنِ مالِكِهِ(٣).

وأيضًا: هو عامٌّ خصَّ منه المركوب والمحلوب.

واستدلُّوا: بحديث ابن عمر رضي الله عنهما أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «لا يحلبنَّ أحدٌ ماشية امرئٍ بغير إذنه»، متَّفقٌ عليه.

ونوقش: بأنَّه عامٌّ خصَّ منه حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وعلى هذا فالأقرب قول الحنابلة. [انظر: المبسوط ٢١/ ١٠٦، الإشراف ٢/ ٧، الأمَّ ٣/ ١٧٠، المبدع ٤/ ٢٣٩، مجموع الفتاوى ٢٠/ ٥٦١، إعلام الموقِّعين ٢/ ٣٩٣، ٣٢، ٢٤، ٢٢].

(١) فيكون انتفاع العدل بقدر نفقته، فإن كانت النَّفقة أكثر من الانتفاع رجع على الرَّاهن، وإن كان النَّفع أكثر فالفاضل للرَّاهن.

(٢) رواه البخاري (٢٥١١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) القسم الثَّاني من أقسام الانتفاع بالمرهون: أن يكون حيوانًا غير مركوبٍ ولا محلوبٍ.

فجمهور أهل العلم: أنَّ المرتهن لا يملك الانتفاع بالرَّهن إذا كان عبدًا أو أمةً في العمل والخدمة.

لكن استثنى المؤلِّف استرضاع الأمة بقدر نفقتها قياسًا على المحلوب.

واستدلُّوا بحديث أبي هريرة المتقدِّم: «لا يغلق الرَّهن، له غنمه، وعليه غرمه»، ولأنَّ منافع الرَّهن ملكٌ للرَّاهن، فلم يجز أخذها بغير إذنه كغير الرَّهن.

وعن الإمام أحمد: أنَّ المرتهن يملك الانتفاع بالرَّهن إذا كان عبدًا أو أمةً

(وَإِنْ أَنْفَقَ عَلَى) الحيوانِ (الرَّهْنِ بِغَيْرِ إِذْنِ الرَّاهِنِ مَعَ إِمْكَانِهِ) أي: إمكانِ استئذانِه؛ (لَمْ يَرْجِعْ) على الراهنِ ولو نَوى الرجوعَ؛ لأنه مُتبرِّعٌ أو مُفرِّطٌ حيثُ لم يَستأذِنِ المالكَ مع قدرتِه عليه(١).

ويستخدمهما بقدر النَّفقة إذا امتنع الرَّاهن من الإنفاق عليهما، قياسًا على الانتفاع بالمحلوب والمركوب بقدر النَّفقة. [انظر: المصادر السَّابقة].

القسم الثَّالث: انتفاع المرتهن بالرَّهن إذا كان غير حيوانٍ.

فباتِّفاق الأئمَّة لا يملك المرتهن الانتفاع بالرَّهن بلا إذن الرَّاهن. [انظر: المصادر السَّابقة].

قال ابن رشدٍ في المقدِّمات ٢/ ٣٧٠: (وأجمع أهل العلم على أنَّ المرتهن ليس له الانتفاع بشيءٍ من الرَّهن فيما سوى الحيوان)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾، ولحديث أبي بكرة رضي الله عنه وفيه قوله ﷺ: «إنَّ دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرامٌ كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا»، متَّفقٌ عليه.

ولما تقدَّم من أدلَّة الجمهور للمسألة السَّابقة.

(١) إذا أنفق المرتهن على الرَّهن متبرِّعًا فلا رجوع له؛ لأنَّه لو رجع لرجع في هبته، وهو محرمٌ.

وإن نوى الرُّجوع، ولم يستأذن الرَّاهن، فالمذهب مذهب الحنفيَّة والشَّافعيَّة: أنَّه لا يرجع، لأنَّ العقود مبنيَّةٌ على التَّراضي، وهذا العقد لم يحصل فيه رضًى من الطَّرف الثَّاني، فيبطل.

ونوقش: بأنَّه ليس كلُّ رضًى معتبرًا، وهنا رضاه غير معتبرٍ لوجوب النَّفقة.

وعند المالكيَّة، واختاره شيخ الاسلام: أنَّه يرجع مطلقًا، سواءٌ أذن أم لم يأذن، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾، فأمر الله ﷻ بإيتاء الأجر بمجرَّد الإرضاع، ولم يشترط إذن الأب، وهذا هو الأقرب. [انظر: شرح

....

العناية ١٠/ ١٥٢، شرح الخرشيِّ ٥/ ٢٥٤، مغني المحتاج ٣/ ١٧٥، المبدع ٤/ ٢٤٠، مجموع الفتاوى ٢٠/ ٥٦١، اختيارات شيخ الإسلام ٧/ ٨٠].

في الإنصاف مع الشَّرح ١٢/ ٩٢: (وإن أنفق على الرَّهن بغير إذن الرَّاهن مع إمكانه فلا يخلو: إمَّا أن ينوي الرُّجوع أو لا، فإن لم ينو الرُّجوع فهو متبرِّعٌ بلا نزاعٍ أعلمه.

وإن نوى الرُّجوع فهو متبرِّعٌ على الصَّحيح من المذهب.

وحكى جماعةٌ روايةً: أنَّه كإذنه أو إذن حاكمٍ، قال المصنِّف:- ابن قدامة - يخرَّج على روايتين بناءً على ما إذا قضى دينه بغير إذنه، وقال الشَّارح: وهذا أقيس، إذ لا يعتبر في قضاء الدَّين العجز عن استئذان الغريم).

قال شيخ الإسلام في مجموع الفتاوى ٣٠/ ٣٤٨: (... فمذهب مالكٍ وأحمد بن حنبلٍ المشهور عنه وغيرهما: أنَّ كلَّ من أدَّى عن غيره واجبًا فله أن يرجع به عليه إذا لم يكن متبرِّعًا بذلك، وإن أدَّاه بغير إذنه، مثل من قضى دين غيره بغير إذنه، سواء كان قد ضمنه بغير إذنه وأدَّاه بغير إذنه، أو أدَّاه عنه بلا ضمانٍ.

وكذلك من افتكَّ أسيرًا من الأَسْر بغير إذنه يرجع عليه بما افتكَّه به، وكذلك من أدَّى عن غيره نفقةً واجبةً عليه، مثل أن ينفق على ابنه أو زوجته أو بهائمه، لاسيما إذا كان للمنفق فيها حقٌّ مثل أن يكون مرتهنًا أو مستأجرًا، أو كان مؤتمنًا عليها مثل المودع، ومثل رادِّ العبد الآبق، ومثل إنفاق أحد الشَّريكين على البهائم المشتركة، وقد دلَّ على هذا الأصل قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾، فأمر بإيتاء الأجر بمجرَّد إرضاعهنَّ، ولم يشترط عقد استئجارٍ، ولا إذن الأب لها في أن ترضع بالأجر، بل لـمَّا كان إرضاع الطِّفل واجبًا على أبيه فإن أرضعته المرأة استحقَّت الأجرة بمجرَّد إرضاعها...، وأبو حنيفة يقول ذلك

(وَإِنْ تَعَذَّرَ) استئذانُه[١] وأنْفَقَ بنيَّةِ الرجوعِ؛ **(رَجَعَ)** على الراهنِ **(وَلَوْ لَمْ يَسْتَأْذِنِ الحَاكِمَ)**؛ لاحتياجِه لحراسةِ حقِّهِ[٢].

(وَكَذَا وَدِيعَةٌ)، وعاريّةٌ، **(وَدَوابُّ مُسْتَأْجَرَةٌ هَرَبَ رَبُّهَا)**[٣]، فله الرجوعُ إذا أنفَقَ على ذلك بنيَّةِ الرجوعِ عندَ تعذُّرِ إذْنِ مالِكِها[٤]؛ بالأقلِّ مما أنفق أو نفقةِ المثلِ[٥].

في الأمِّ، وإن كان لا يقول برجوع المؤدِّي للدَّين، وخالفه صاحباه).

(١) إمَّا لغيبته أو تواريه ونحو ذلك، وهذا هو المذهب.

قال في الإفصاح ١/ ٣٦٨: (واختلفوا في النَّفقة من المرتهن في غيبة الرَّاهن إذا كان الرَّهن محلوبًا أو مركوبًا، فقال أبو حنيفة، والشَّافعيُّ: يكون المنفق عليه متطوِّعًا إن لم يأذن له حاكم.

وقال أحمد: لا يكون متطوِّعًا، وإن لم يأذن له الحاكم، وتكون النَّفقة دَينًا على الرَّهن، وللمرتهن استيفاؤه من ظهره ودرِّه.

وقال مالكٌ: إن أشهد على الإنفاق استحقَّه، وإن لم يشهد ولم يرفع إلى الحاكم كان متطوِّعًا).

وفي ص ٣٦٩: (وأجمعوا على أنَّه إذا أنفق المرتهن بإذن الحاكم أو غيره مع غيبة الرَّاهن أو امتناعه كان دَينًا للمنفق على الرَّاهن).

(٢) وتقدَّم النَّقل عن شيخ الإسلام أنَّ المحقِّقين من الأصحاب سوَّوا بين الإذن وعدمه، فهنا أولى.

(٣) أي: حكمها حكم الرَّهن فيما سبق؛ لأنَّها أمانةٌ في يده فينفق عليها من هي بيده عند عدم مالكها أو تعذَّر استئذانه لوجوب حفظ النَّفس.

(٤) لأنَّه قام عنه بواجبٍ هو محتاجٌ إليه لحرمة حقِّه.

(٥) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٥٦: (فإن كانت نفقة مثله خمسةً وأنفق أربعةً رجع بالأربعة؛ لأنَّها الَّتي أنفقها، وإن كانت بالعكس رجع بالأربعة أيضًا؛ لأنَّ الزَّائد

(وَلَو خَرِبَ الرَّهْنُ) إن كان دارًا (فَعَمَّرَهُ) المرتهِنُ (بِلَا إِذنِ) الراهنِ؛ (رَجَعَ بِآلَتِهِ فَقَطْ)(١)؛ لأنَّها مِلكُهُ، لا بما يَحْفَظُ به ماليَّةَ الدَّارِ(٢) وأُجرةَ المُعْمِرِين؛ لأنَّ العِمارةَ ليست واجبةً على الراهنِ، فلم يَكُن لغيرِه أنْ ينوبَ عنه فيها، بخلافِ نفقةِ الحيوانِ؛ لحرمتِه في نفسِه(٣).

وإنْ(٤) جنَى الرهنُ ....

على نفقة المثل تبرُّعٌ).

(١) كخشبٍ وحجارةٍ، ونحوه. [انظر: حاشية العنقريِّ ٢/١٧٦]، وفي المطلع ص ٢٥٢: (المراد بها الأنقاض).

وفي كشَّاف القناع ٣/٣٥٦: (لكن له أي: المرتهن أخذ أعيان آلته؛ لأنَّها عين ماله لم تخرج عن ملكه، وكذا مستأجرٌ ومستعيرٌ ووديع).

(٢) كثمن ماءٍ، وطينٍ، وإسمنتٍ، وجصٍّ.

(٣) وعدم بقائه بدون النَّفقة.

(٤) وهذا هو المذهب: أنَّه لا يرجع إلَّا بأعيان آلته إذا عمر المرتهن الدَّار بلا إذن الرَّاهن.

وعند المالكيَّة: أنَّه يرجع بكل ماأنفق، لتعلُّق حقِّ المرتهن به.

وفي الإنصاف مع الشَّرح ١٢/ ٥٠٠: (وجزم القاضي في الخلاف الكبير أنَّه يرجع بجميع ما عمر في الدَّار؛ لأنَّه من مصلحة الرَّهن، وجزم به في النَّوادر، وقاله الشَّيخ تقيُّ الدِّين فيمن عمر وقفًا بالمعروف ليأخذ عوضه فيأخذ من مغلِّه.

وقال ابن عقيلٍ: ويحتمل عندي أنَّه يرجع بما يحفظ أصل ماليَّة الدَّار لحفظ وثيقته).

وقال ابن رجبٍ في القاعدة ٧٥: (ولو قيل: إن كانت الدَّار بعدما خرب منها تحرز قيمة الدَّين المرهون به لم يرجع، وإن كانت دون حقِّه أو وفق حقِّه ويخشى من تداعيها للخراب شيئًا فشيئًا حتَّى تنقص عن مقدار الحقِّ فله أن يعمر

وَوَجَب مالٌ[١]؛ خُيِّر سيِّدُه بينَ فدائِه، وبيعِه، وتسليمِه إلى وليِّ الجنايةِ[٢] فَيَملِكُه[٣]، فإن فَداهُ فهو رهنٌ بحالِه، وإن باعه أو سلَّمَه في الجنايةِ؛ بَطَل الرهنُ[٤]، ....

ويرجع لكان متَّجهًا) اهـ.

(١) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٥٥: (وإن جنى الرَّهن كالعبد جنايةً موجبةً للمال كالخطأ وشبه العمد على بدنٍ أو مالٍ تستغرق جنايته قيمته تعلَّق أرشها برقبة الجاني وقدِّمت على حقِّ المرتهن.

قال في المبدع: بغير خلافٍ نعلمه؛ لأنَّها مقدَّمةٌ على حقِّ المالك، والملك أقوى من الرَّهن فأَولى أن يقدَّم على الرَّهن).

(٢) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٥٧: (لأنَّه إن كان الأرش أقلَّ فالمجنيُّ عليه لا يستحقُّ أكثر من أرش جنايته، وإن كانت القيمة أقلَّ فلا يلزم السَّيِّد أكثر منها؛ لأنَّ ما يدفعه عوضًا عن العبد، فلا يلزمه أكثر من قيمته، كما لو أتلفه، ويبقى الرَّهن بحاله؛ لأنَّ حقَّ المرتهن قائمٌ لوجوب سببه).

(٣) لاختصاص حقِّ الجناية بالعين فقدِّم على المرتهن.

(٤) وهذا هو المذهب؛ لاستقرار كونه عوضًا عن الجناية، فبطل كونه محلًّا للرَّهن كما لو تلف أو بان مستحَقًّا.

وعند المالكيَّة: يخيَّر الرَّاهن أوَّلًا؛ لأنَّه المالك لذاته في دفع فدائه وإسلامه للمجنيِّ عليه، فإن فداه بقي رهنًا على حاله، وإن أراد إسلامه خيِّر المرتهن لتقدُّم حقِّه على المجنيِّ عليه في فدائه وإسلامه، فإن أسلمه كالرَّاهن بقي الدَّين بلا رهنٍ، وإذا اختار فداءه فإمَّا أن يفديه بغير إذن الرَّاهن أو بإذنه، فإن فداه بغير إذنه كان الفداء في رقبته، ويبقى رهنًا على حاله، وإن فداه بإذنه كان الفداء دَينًا في ذمَّة الرَّاهن والعبد رهنًا في الدَّين. [انظر: حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٢٥٧].

وعند الشَّافعيَّة: إذا جنى المرهون على أجنبيٍّ بما يوجب القود في نفسٍ أو

وإن لم يَستغرِقِ الأَرْشُ قيمتَه بِيع مِنه بقدرِه وباقيه رهنٌ(١).

وإن جُنِيَ عليه فالخصمُ سيدُه(٢)، فإن أَخَذ الأرشَ كان رهنًا(٣)، وإن اقتَصَّ فعليه قيمةُ أقلِّ العَبدَيْنِ - الجاني والمجنيّ عليه -، تكونُ رهنًا مكانَه(٤).

طرفٍ قدِّم المجنيُّ عليه لتعلُّق حقِّه بالرَّقبة فقط، فلو قدِّم غيره فات حقُّه من أصله بخلاف المرتهن؛ لتعلُّق حقِّه بالذِّمَّة أيضًا، فإن اقتصَّ مستحقٌّ القود أو بِيعَ المرهون . . . بطل الرَّهن فيما فات بقودٍ أو بيعٍ، ما لم تجب قيمته لكونه تحت يد نحو غاصبٍ؛ لأنَّها رهنٌ بدله، فلو عاد المالك الرَّاهن لم يعد الرَّهن.

(١) أي: بيع من العبد بقدر الأرش، وباقي العبد رهنٌ؛ لزوال المعارض، فإن تعذَّر بَيعُ بعضه بِيعَ كلُّه للضَّرورة، وكذا إن نقصت قيمته بتشقُّصٍ، ويكون باقي ثمنه رهنًا مكانه.

(٢) في كشَّاف القناع ٣/٣٥٨: (وإن جُني عليه أي: المرهون جنايةً موجبةً للقصاص أو غيره - أي: مالٍ -، فالخصم سيِّده؛ لأنَّه المالك والأرش الواجب بالجناية ملكه، وإنَّما للمرتهن فيه حقُّ الوثيقة، فإن أخَّر السَّيِّد المطالبة لغيبةٍ أو عذرٍ من نحو مرضٍ أو غيره فللمرتهن المطالبة؛ لأنَّ حقَّه متعلِّقٌ بموجبها).

(٣) مكان العبد.

(٤) في كشَّاف القناع ٣/٣٥٨: (فإن اقتصَّ سيِّد المرهون من الجاني عليه في نفسٍ أو دونها فعليه قيمة أقلِّهما تجعل رهنًا مكانه؛ لأنَّه أتلف مالًا استحقَّ بسبب إتلاف الرَّهن فغرم قيمته كما لو كانت الجناية موجبةً للمال، وإنَّما وجب أقلُّ القيمتين، فعلى هذا لو كان الرَّهن يساوي عشرةً والجاني خمسةً، أو بالعكس لم يكن عليه إلَّا الخمسة، أو عفا السَّيِّد عن الجاني على مالٍ فعليه - أي: السَّيِّد - قيمة أقلِّهما أي: الجاني والمجنيِّ عليه).

(بَابُ الضَّمَانِ)(١)

مأخوذٌ مِن الضَّمْنِ، فذمَّةُ الضامِنِ في ضمن ذمَّةِ المضمونِ عنه(٢).

---

(١) أي: هذا بابٌ يذكر فيه أحكام الضَّمان، والكفالة.

(٢) في المطلع ص ٢٤٨: (الضَّمان: مصدر ضمن الشَّيء ضمانًا، فهو ضامنٌ وضمينٌ إذا كفل به. . .، وهو مشتقٌّ من التَّضمُّن؛ لأنَّ ذمَّة الضَّامن تتضمَّن.

قاله القاضي أبو يعلى.

وقال ابن عقيلٍ: الضَّمان مأخوذٌ من الضِّمن فتصير ذمَّة الضَّامن في ذمَّة المضمون عنه.

وقيل: هو مشتقٌّ من الضَّمِّ؛ لأنَّ ذمَّة الضَّامن تنضمُّ إلى ذمَّة المضمون عنه.

والصَّواب الأوَّل؛ لأنَّ لام الكلمة في الضَّمِّ «ميمٌ» وفي الضَّمان نونٌ، وشرط صحَّة الاشتقاق كون حروف الأصل موجودة في الفرع).

والضَّمان جائزٌ:

بالكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾.

فالمنادي لم يكن مالكًا إنَّما كان نائبًا عن يوسف فشرط حِمْلَ البعير على يوسف لمن جاء بالصُّواع، ثمَّ ضمن الحمل عنه. [انظر: أحكام القرآن لابن العربيِّ ٣/ ١٠٩٧، التَّسهيل لابن جزيٍّ ٢/ ١٢٤].

وأمَّا السُّنَّة: فحديث أبي أمامة الباهليِّ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «الزَّعيم غارمٌ».

ولحديث سلمة بن الأكوع ؓ أنَّ النَّبيَّ ﷺ «أُتي بجنازةٍ ليصليَ عليها، فقال: هل ترك شيئًا؟ قالوا: لا، قال: فهل عليه دَينٌ؟ قالوا: ثلاثة دنانير، قال: صلُّوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة: صلِّ عليه يا رسول الله وعليَّ دينه»، رواه البخاريُّ.

والإجماع منعقدٌ عليه في الجملة، وإن اختلفوا في بعض فروعه. [انظر:

ومعناه شرعًا: التزامُ ما وَجَب على غيرِه مع بقائِه[1]، وما قد يجبُ[2].

حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٨٥، المغني ٤/ ٤٩١].

وحكمته: رفع الذُّلِّ عن المدين، وأن يطمئنَّ صاحب المال على ماله، وتنتشر المحبَّة بين أفراد المجتمع، ولما في ذلك من التَّعاون.

وهو للضَّامن مستحب؛ إذ هو تبرُّعٌ ابتداء، ولما فيه من التَّعاون على البرِّ، وأمَّا للمضمون فجائزٌ كالقرض.

عند الحنفيَّة الضَّمان ثلاثة أقسامٍ: كفالة النَّفس، كفالة العين، كفالة الدَّين، وزاد بعضهم كفالة التَّسليم.

عند المالكيَّة: ضمان المال، ضمان الوجه، ضمان الطَّلب.

وعند الشَّافعيَّة: ضمان الدَّين، ضمان البدن، ضمان العين.

وعند الحنابلة: ضمان المال، كفالة النَّفس، ويأتي.

وكثيرٌ من الفقهاء يعبِّر عن الضَّمان بالكفالة، وبعضهم يعبِّر عن ضمان المال بالضَّمان، وعن ضمان البدن بالكفالة. [انظر: المبسوط ١٩/ ١٦١، بداية المجتهد ٢/ ٢٩١، المغني ٧/ ٧١].

(١) أي: كثمن مبيعٍ، أو قرضٍ، أو قيمة متلفٍ مع بقائه، مضمونٌ عنه، فلا يسقط بالضَّمان.

(٢) قال ابن القيِّم في إعلام الموقِّعين ٣/ ٩٣٦: (يصحُّ ضمان ما لا يجب كقوله: ما أعطيته فلانًا فهو عليّ عند الأكثرين كما دلَّ عليه القرآن قال تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾، والمصلحة تقتضي ذلك، بل قد تدعو إليه الحاجة والضَّرورة)، ويأتي خلاف الشَّافعيَّة في هذه المسألة.

لكن لا يصحُّ ضمان مسلمٍ جزيةً ولو بعد الحول؛ لأنَّها إذا أخذت من الضَّامن فات الصَّغار عن المضمون عنه. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٣٦٣].

فرع: أركان الضَّمان عند الجمهور: الصِّيغة، والضَّامن، والمضمون له، والمضمون عنه، والمضمون.

. . . (١).

وعند الحنفيَّة: ركن الضَّمان الصِّيغة.

(١) وعرفه الحنفيَّة بأنَّه: (ضمُّ ذمَّة الكفيل - أي: الضَّامن - إلى ذمَّة الأصيل في المطالبة)، وقال ابن عابدين في حاشيته: ضمُّ ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ في المطالبة مطلقًا بنفسٍ أو دَينٍ أوعَينٍ.

وعرَّفه المالكيَّة بأنَّه: (ضمُّ ذمَّة الكفيل إلى ذمَّة المكفول في الالتزام بالدَّين).

وعرَّفه الشَّافعيَّة بأنَّه: (التزام حقٍّ ثابتٍ في ذمَّة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عينٍ مضمونةٍ).

وعرَّفه ابن قدامة بأنَّه: (ضمُّ ذمَّة الضَّامن إلى ذمَّة المضمون عنه في التزام الحقِّ فيثبت في ذمَّتهما جميعًا). [انظر: البحر الرَّائق ٦/ ٣٢١، حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٨٢، بلغة السَّالك ٢/ ١٥٥، بلغة المحتاج ٢/ ١٥٥، زاد المحتاج ٢/ ٢٢٣، المغني ٧/ ٧١].

وعند الظَّاهريَّة: أنَّ الضَّمان ليس ضمَّ ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ، وإنَّما هو نقل الحقِّ من ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ كالحوالة، قال ابن حزمٍ في المحلَّى ٨/ ٥٢٧: (قال ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وأبو ثورٍ، وأبو سليمان، وجميع أصحابنا، كما قلنا من أنَّ الحقَّ قد سقط جملةً عن المضمون عنه، ولا سبيل للمضمون له إليه أبدًا، وإنَّما حقُّه عند الضَّامن أنصفه أو لم ينصفه، روينا من طريق ابن أبي شيبة . . . عن الحسن ومحمَّد بن سيرين قالا جميعًا: الكفالة والحوالة سواءٌ).

والأقرب في تعريفه: أن يقال الضَّمان ضمُّ ذمَّة الضَّامن إلى ذمَّة المضمون عنه في التزام الحقِّ الواجب حالًا أو مستقبلًا. [انظر: نظريَّة الضَّمان الشَّخصيِّ ص ١٦٩].

عند جمهور العلماء: أنَّ الضَّمان يثبت به الحقُّ في ذمَّة الضَّامن مع بقائه في ذمَّة المضمون عنه؛ لحديث جابرٍ، وفيه قوله ﷺ: «الآن برَّدتَ عليه جلدَه» رواه

ويَصِحُّ بلفظِ: ضَمينٌ، وكَفيلٌ(١)، وقَبيلٌ، وحَميلٌ، وزَعيمٌ، وتحمَّلتُ دَيْنَك، أو ضَمِنتُهُ، أو هو عندي، ونحوِ ذلك(٢)، وبإشارةٍ مفهومةٍ مِن أَخرسَ(٣).

أحمد بإسناد حسن، وذلك بالوفاء، فدلَّ على أنَّه لم يبرأ قبل ذلك، وأنَّ ذمَّته منشغلةٌ. [انظر: المصادر السَّابقة].

وعند الظَّاهريَّة: أنَّ الضَّمان ينقل الدَّين من ذمَّة المضمون عنه الى الضَّامن وتبرأ ذمَّة المضمون عنه؛ لحديث سلمة بن الأكوع قال: «كنَّا جلوسًا عند النَّبيِّ ﷺ إذ أُتي بجنازةٍ، فقالوا: صلُّوا عليها، فقال: هل ترك شيئًا؟ قالوا: لا، قال: فهل عليه دَينٌ؟ قالوا: نعم ثلاثة دنانير، قال: صلُّوا على صاحبكم، قال أبو قتادة: صلِّ عليه يارسول الله وعليَّ دَينه، فصلَّى عليه». رواه البخاريُّ (٢٢٨٩).

قال ابن حزمٍ: لو لم يسقط الدَّين لما كانت الحال إلَّا واحدةً، ونوقش بأنَّ الدَّين لم يسقط بدليل قول النَّبيِّ ﷺ بعد وفاء أبي قتادة: «الآن بردت عليه جلدته»، ولو برئت ذمَّته بالضَّمان لبردت جلدته به.

(١) فالكفيل هو الضَّامن. [انظر: المصباح ٢/ ٥٣٦].

(٢) وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص ١٣٢: (وقياس المذهب: أنَّه يصحُّ بكلِّ لفظٍ يفهم منه الضَّمان عرفًا، مثل: زوِّجه وأنا أؤدِّي الصَّداق، أو بعه وأنا أعطيك الثَّمن، واتركه لا تطالبه، وأنا أعطيك الثَّمن).

لأنَّ الشَّارع لم يحدَّ بذلك حدًّا، فيرجع إلى العرف كالحِرز.

(٣) في الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٠: (وإذا فهمت إشارة الأخرس صحَّ ضمانه؛ وهو قول المالكيَّة، والشَّافعيَّة، كذا كتابته؛ لأنَّه يصحُّ بيعه وإقراره وتبرُّعه أشبه بالنَّاطق، ولا يثبت الضَّمان بكتابةٍ منفردةٍ عن إشارةٍ يفهم بها أنَّه قصد الضَّمان؛ لأنَّه قد يكتب عبثًا أو تجربة قلمٍ، فلم يثبت الضَّمان به مع الاحتمال، ومن لا تفهم إشارته لا يصحُّ ضمانه؛ لأنَّه لا يدرى بضمانه، وكذلك سائر تصرُّفاته).

و(**لَا يَصِحُّ**) الضمانُ (**إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ**)[١]؛ لأنَّه إيجابُ مالٍ، فلا يصحُّ مِن صغيرٍ[٢] ولا سفيهٍ[٣].

وفي الإنصاف: (دخل في عموم كلام المصنِّف صحَّة ضمان المريض وهو صحيحٌ، فيصحُّ ضمانه بلا نزاعٍ، لكن إن مات في مرضه حسب ما ضمنه من دينه).

(١) الشَّرط الأوَّل من شروط صحَّة الضَّمان: أن يكون الضَّامن أهلًا للتَّبرُّع باتِّفاق الأئمَّة؛ لأنَّ الضَّمان من التَّبرُّعات، فلا يصحُّ ضمان المجنون أو المعتوه، أو غير المميِّز.

(٢) الصَّبيُّ المميِّز، جمهور العلماء: على عدم صحَّته ضمانه.

وعند الحنفيَّة: إذا استدان له وليُّه، وأمره أن يكفُل المال صحَّ، ويكون إذنًا في الأداء.

وعندهم أيضًا: يجوز ضمان المجنون واليتيم بأمر الوليِّ إذا استدان مالًا في نفقتهما.

وفي الشَّرح الكبير مع الإنصاف: (وخرَّج أصحابنا صحَّته على الرِّوايتين في صحَّة إقراره وتصرُّفه بإذن وليِّه، ولا يصحُّ هذا الجمع؛ لأنَّ هذا التزام مالٍ لا فائدة له فيه فلم يصحَّ، كالتَّبرُّع والنَّذر بخلاف البيع).

الشَّرط الثَّاني: عند أبي حنيفة: يشترط أن يكون المضمون له بالغًا عاقلًا؛ لأنَّ الكفالة تحتاج إلى إيجابٍ من الكفيل وقبولٍ من المضمون له.

وعند المالكيَّة، والحنابلة: عدم اشتراط البلوغ والعقل في المكفول له؛ لأنَّ الكفالة تنعقد بإيجاب الكفيل دون حاجةٍ إلى قبول المكفول له، فلا يلزم أن يكون أهلًا للقبول.

(٣) المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: أنَّ المحجور عليه لسفهٍ لا يصحُّ ضمانه؛ لأنَّه إيجاب مالٍ فلم يصحَّ منه كالبيع والشِّراء.

ويصحُّ مِن مُفْلِسٍ(١)؛ لأنَّه تصرَّف في ذمَّته، ....

وقال القاضي أبو يعلى: يصحُّ ويتبع به بعد فكِّ الحجر عنه؛ لأنَّ من أصلنا أنَّ إقراره صحيحٌ يُتبَع به بعد فكِّ الحجر عنه كذلك ضمانه.

ونوقش: بالفرق إذ الإقرار إخبارٌ بحقٍّ سابقٍ بخلاف كفالته.

(١) المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: يصحُّ ضمان المحجور عليه لفلسٍ، ويتبع به بعد فكِّ الحجر عنه؛ لأنَّه من أهل التَّصرُّف، والحجر عليه في ماله لا في ذمَّته، فهو كتصرُّف الرَّاهن فيما عدا الرَّهن.

وعند الحنفيَّة أيضًا: يصحُّ؛ بناءً على عدم صحَّة الحجر على المدين.

وعند المالكيَّة: عدم صحَّة ضمان المحجور عليه لفلسٍ؛ لأنَّ الضَّمان تبرُّعٌ، وذلك لا يصحُّ من المفلس. [انظر: فتح القدير ٦/ ٢٩٨، حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٨٣، حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٣٣٣، تحفة المحتاج ٥/ ٢١٧، الشَّرقاويَّ على التَّحرير ٢/ ١٠٢، القليوبيِّ وعميرة ٢/ ٣٢٥، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٠، كشَّاف القناع ٣/ ٣٥٤].

مسألةٌ: عند جمهور العلماء: لا فرق بين المرأة والرَّجل في الكفالة؛ لصحَّة تصرُّفات المرأة الماليَّة.

وعند المالكيَّة: تصح كفالة المرأة بالثلث فما دون، وما زاد عن الثلث لا يصح إلا بإجازة الزوج لما رواه ابن عمر ﷺ مرفوعًا: «لا يجوز للمرأة أمرٌ في مالها إذا ملك زوجها عصمتها»، رواه الخمسة إلَّا التِّرمذيَّ، والحديث منكرٌ، قال الدَّارقطنيُّ: (تفرَّد به داود بن أبي هندٍ عن عمرٍو). [انظر: أطراف الغرائب والأفراد ٤/ ٣٢].

وقال الطَّبرانيُّ: (لم يروِ هذا الحديثَ عن داود إلَّا حمَّادٌ).

وسلسلة عمرو بن شعيبٍ وإن كانت في الجملة حسنةً ومُعتبرةً إلَّا أنَّه أحيانًا يقع فيها مناكيرُ، كما قال الإمام أحمد: (له أشياءُ مناكير). [انظر: الضُّعفاء للعُقيليِّ ٣/ ٢٤٧].

ومن قِنٍّ ومكاتَبٍ بإذن سيِّدهما[(١)]، ويؤخذ مما بيد مكاتَب[(٢)]، وما ضَمِنَه قِنٌّ مِن سيِّدِه[(٣)].

وقال الخَطَّابيُّ في معالم السُّنن ٣/ ١٧٤: (هذا عند أكثر العلماء على معنى حسن العشرة، واستطابة نفس الزَّوج بذلك، إلَّا أنَّ مالك بن أنسٍ قال: تردُّ ما فعلت من ذلك حتَّى يأذن الزَّوج، ويحتمل أن يكون ذلك في غير الرَّشيدة، وقد ثبت عن رسول الله ﷺ أنَّه قال للنِّساء: «تصدَّقنَ»، فجعلت المرأة تُلقِي القرط والخاتم، وبلالٌ يتلقَّاها بكسائه، وهذه عطيَّة بغير إذن زوجها) اهـ.

أو يقال: بأنَّ هذا في المال الَّذي أعطاها لمصلحته؛ كمالٍ لتتجمَّل به. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) أي: يصحُّ الضَّمان من قِنٍّ ومكاتَبٍ بإذن سيِّدهما؛ كما لو أذن لهما في التَّصرُّف؛ لأنَّ الحجر عليهما لحقِّه، فإذا أذن انفكَّ، ولا يصحُّ بدون إذن سيِّدهما؛ لأنَّه تبرُّعٌ، ولو كان مأذونًا لهما في التِّجارة؛ لأنَّ الضَّمان عقدٌ يتضمَّن إيجاب مالٍ فلم يصحَّ بغير إذن السَّيِّد، وهذا قول جمهور العلماء.

وعند الظَّاهريَّة: يصحُّ ضمان الرَّقيق مطلقًا، إذ لم يأت نصٌّ بالفرق بين الحرِّ والرَّقيق.

(٢) أي: يؤخذ ما ضمنه مكاتبٌ بإذن سيِّده ممَّا بيد المكاتب.

(٣) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٦٦: (ويصحُّ ضمان العبد بإذن سيِّده، ويتعلَّق بذمَّة السَّيِّد).

الشَّرط الثَّالث: أن يكون الضَّمان منجزًا، في المغني ٤/ ٤١٩: (وأمَّا إن قال: إن جئت به في وقت كذا، وإلَّا فأنا كفيلٌ ببدن فلانٍ، أو فأنا ضامنٌ لك ما لك على فلانٍ، أو قال: إذا جاء زيدٌ فأنا ضامنٌ لك ما عليه، أو إذا قدم الحاجُّ فأنا كفيلٌ بفلانٍ، أو قال: أنا كفيلٌ بفلانٍ شهرًا، فقال القاضي: لا تصحُّ الكفالة، وهو قول الشَّافعيَّة في الأصح؛ لأنَّ ذلك خطرٌ فلم يَجز تعليق الضَّمان

. . . .

والكفالة به، كمجيء المطر وهبوب الرِّيح، ولأنَّه إثبات حقٍّ لآدميٍّ معيَّنٍ، فلم يجز تعليقه على شرطٍ، ولا توقيته، كالهبة. وقال الشَّريف أبو جعفرٍ، وأبو الخطَّاب، وهو قول المالكيَّة، وبعض الشَّافعيَّة: تصحُّ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنَّه أضاف الضَّمان إلى سبب الوجود، فيجب أن يصحَّ، كضَّمان الدَّرك، ولقوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾، فهذا تعليقٌ بالمجيء بالصُّواع، والأوَّل أقيس.

فإن قال: كَفَلت بفلانٍ إن جئت به في وقت كذا، وإلَّا فأنا كفيلٌ بفلانٍ، أو ضامن المال الَّذي على فلانٍ لم يصحَّ فيهما عند القاضي؛ لأنَّ الأوَّل مؤقَّتٌ، والثَّاني معلَّقٌ على شرطٍ.

وقال أبو الخطَّاب: يصحُّ فيهما، فأمَّا إن قال: كفلت بأحد هذين الرَّجلين، لم يصحَّ في قولهم جميعًا؛ لأنَّه غير معلومٍ في الحال ولا في المآل).

وعند الحنفيَّة: صحَّة الكفالة المعلَّقة على شرطٍ ملائمٍ، وهو الشَّرط الَّذي يكون سببًا لوجوب الحقِّ، كقول الكفيل للمشتري: إذا استُحِقَّ المبيع فأنا ضامنٌ الثَّمن، أو الشَّرط الَّذي يكون سببًا لإمكان الاستيفاء، كقول الكفيل للدَّائن: إذا قدم فلانٌ - أي: المكفول عنه - فأنا كفيلٌ بدينك عليه، أو الشَّرط الَّذي يكون سببًا لتعذُّر الاستيفاء، كقول الكفيل للدَّائن: إذا غاب فلان - أي: المدين - عن البلد فأنا كفيلٌ بالدَّين.

وتصحُّ الكفالة المعلَّقة بشرطٍ جرى به العرف، كما لو قال الكفيل: إن لم يؤدِّ فلانٌ ما لك عليه من دَينٍ إلى ستَّة أشهرٍ فأنا له ضامنٌ، لأنَّه علَّق الكفالة بالمال بشرطٍ متعارفٍ فصحَّ.

فأمَّا إذا علِّقت الكفالة على شرطٍ غير ملائمٍ، كقوله: إن هبَّت الرِّيح أو إن نزل المطر أو إن دخلت الدَّار فأنا كفيلٌ، فلا تصحُّ الكفالة؛ لأنَّ تعليق الكفالة على شرطٍ غير ملائمٍ لا يظهر فيه غرضٌ صحيحٌ.

....

فرعٌ: عند الحنفيَّة، والمالكيَّة، والحنابلة: يجوز تعليق الضَّمان بالزَّمن المستقبل.

وعند الشَّافعيَّة: لا يصحُّ تعليق الضَّمان بالزَّمن المستقبل.

فرعٌ: الكفالة المؤجَّلة.

عند الحنفيَّة: يجوز تأجيل الضَّمان الى وقتٍ معلومٍ، فإن كان الأجل غير متعارَفٍ عليه، كمجيء المطر، وهبوب الرِّيح، فالأجل باطلٌ والكفالة صحيحةٌ؛ لأن هذه جهالةٌ فاحشةٌ، وإن كان الأجل متعارفًا عند النَّاس كالحصاد والدِّياس فجائزٌ؛ لأنَّ الجهالة يسيرةٌ فتغتفر، فإن مات المدين قبل الأجل فإنَّ الدَّين يحلُّ في ماله، والضَّامن يبقى على أجله، ومثله لو مات الضَّامن.

وعند المالكيَّة يجوز ضمان الحالِّ مؤجَّلًا في إحدى حالتين:

أن يكون الغريم مؤسرًا بالدَّين الحالِّ.

أن يكون الغريم معسرًا بالدَّين الحالِّ، ويستمرُّ إعساره الى انقضاء الأجل؛ لئلَّا يكون سلفًا جرَّ نفعًا، لكن قد يكون المدين معسرًا في بعض الأجل كأن يضمنه إلى أربعة أشهرٍ وعادته اليسار بعد شهرين كأصحاب الغلَّات فلا يصحُّ التَّأخير فيه؛ لأنَّ الزَّمن المتأخِّر عن ابتداء اليسار يعدُّ فيه صاحب الحقِّ مسلفًا؛ لقدرة ربِّ الحقِّ على أخذه منه عند اليسار، وهذا قول ابن القاسم خلافًا لأشهب.

وعند الشَّافعيَّة يجوز ضمان الدَّين الحالِّ مؤجَّلًا ويكون معجَّلًا على المضمون مؤجَّلًا على الضَّامن؛ لأنَّ الضَّمان معروفٌ فكان على حسب الشَّرط، ويجوز الضَّمان إذا كان الدَّين مؤجَّلًا إلى شهرٍ؛ لأنَّ الدَّين لم يثبت على الضَّامن حالًّا، وإنَّما ثبت عليه مؤجَّلًا، والدَّين يتأجَّل في ابتداء ثبوته فكذا هنا.

وعند الحنابلة: يجوز ضمان الدَّين مؤجَّلًا، وضمان المؤجَّل إلى أجلٍ أكثر من أجله؛ لأنَّ الضَّمان على حسب الشَّرط.

....

فرعٌ: إذا كانت الكفالة مطلقةً فالمذهب، ومذهب الشَّافعيَّة أنَّها تكون حالَّةً.

وعند الحنفيَّة: أنَّ الضَّامن يأخذ منزلة الأصيل، فإن كان الدَّين حالًّا كان الضَّمان حالًّا، وإن كان مؤجَّلًا كان مؤجَّلًا؛ لأنَّ الضَّامن تابعٌ للمدين في الضَّمان.

الشَّرط الرَّابع: أن يكون الضَّمان غير مؤقَّتٍ في أحد الوجهين في المذهب، والوجه الثَّاني: يصحُّ، فيملك مطالبة الضَّامن خلال المدَّة، وبعدها لا يملك المطالبة.

وعند الحنفيَّة: يصحُّ توقيت الضَّمان، وله ثلاث صورٍ:

أن يذكر البداية والنِّهاية، كقوله: كَفَلته من اليوم إلى شهرٍ، وهذه صحيحةٌ.

أن يذكر النِّهاية دون البداية، كقوله: كفلت ما على زيدٍ إلى شهرٍ.

وهذه موضع خلافٍ عندهم.

أن لا يذكر الابتداء والانتهاء، كقوله: كفلته شهرًا.

وهذه موضع خلافٍ عندهم.

قال بن عابدين في حاشيته ٢٨/٩، (وينبغي عدم الفرق بين الصُّور الثَّلاث في زمننا، كما هو قول أبي يوسف؛ لأنَّ النَّاس اليوم لا يقصدون إلَّا توقيت الكفالة بالمدَّة).

وذهب المالكيَّة: إلى جواز توقيت الكفالة في إحدى حالتين: أن يكون المدين موسرًا ولو في أوَّل الأجل فقط، أو أن يكون معسرًا، والعادة أنَّه لا يوسر في الأجل الَّذي ضمن الضَّامن إليه، بل بمضي ذلك الأجل عليه وهو معسرٌ، فإن لم يعسر في جميعه، بل أيسر في أثنائه كبعض أصحاب الغلَّات والوظائف، كأن يضمنه إلى أربعة أشهرٍ وعادته اليسار بعد شهرين، فلا يصحُّ؛ هذا قول ابن القاسم بناءً على أنَّ اليسار المترقَّب كالمحقَّق، وأجازه أشهب؛ لأنَّ الأصل استصحاب عُسْره.

(**وَلِرَبِّ الحَقِّ مُطَالَبَةُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا**)[١]، أي: مِن المضمونِ والضامِنِ،

وعند الشَّافعيَّة: لا يجوز توقيت ضمان المال؛ لأنَّ المقصود منه ضمان الأداء، فلا يطالب الضَّامن في الضَّمان المؤقَّت لعدم صحَّته.

فرعٌ: الكفالة المعجَّلة كأن يكون على زيدٍ مبلغٌ من المال مؤجَّل فيكفُلُ الضَّامن الوفاء به حالًّا، فالمذهب، ومذهب الحنفيَّة، والمالكيَّة، والأصحُّ عند الشَّافعيَّة: يجوز ضمان المؤجَّل حالًّا؛ لأنَّه تبرُّعٌ فيكون صحيحًا.

واشترط المالكيَّة شرطين:

إسقاط المدين حقَّه في التَّأخير.

أن يكون الدَّين ممَّا يجوز تعجيله عندهم.

وعند بعض الشَّافعيَّة: لا يصحُّ ضمان المؤجَّل حالًّا للاختلاف بين الصِّفتين.

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول الحنفيَّة، والشَّافعيَّة؛ لما استدلَّ به المؤلِّف.

وعند المالكيَّة: لا يطالب الضَّامن إذا تيسَّر الأخذ من المدين، إلَّا بالشَّرط؛ لأنَّه وثيقةٌ فلا يستوفى الحقُّ منها إلَّا مع تعذُّر استيفائه من الأصل؛ ولأنَّ الضَّامن فرعٌ، فلا يصار إليه إلَّا عند تعذُّر الأصل كالتُّراب مع الماء.

وابن القيِّم في إعلام الموقِّعين ٣/ ٤١٢، ٤١١ حكى الخلاف في الضَّمان هل هو استيثاقٌ بمنزلة الرَّهن، أو تعدُّدٌ لمحلِّ الحقِّ؟

فعلى القول بأنَّه استيثاقٌ، قال: ليس له مطالبة الضَّامن إلَّا عند تعذُّر مطالبة المضمون، وعلى القول: بأنَّه لتعدُّد محلِّ الحقِّ فللغريم مطالبة من شاء منهما، وقوَّى بأنَّه استيثاقٌ، وقال: (والضَّامن لم يوضع لتعدُّد محلِّ الحقِّ، وإنَّما وضع ليحفظ صاحب الحقِّ حقَّه من الهلاك، ويرجع إليه عند تعذُّر الاستيفاء، ولم ينصب الضَّامن نفسه لأن يطالبه المضمون له مع وجود الأصيل ويسرته . . .، والنَّاس يستقبحون هذا، ويعدُّون فاعله متعدِّيًا، ولا يعذرونه بالمطالبة إلَّا إذا تعذَّر عليه مطالبة الأصل . . .).

(فِي الحَيَاةِ وَالمَوْتِ)؛ لأنَّ الحقَّ ثابتٌ في ذِمتِهِما، فَمَلَك مُطالبةَ مَن شاء مِنهما؛ لحديثِ: «الزَّعِيمُ غَارِمٌ» رواه أبو داودَ، والترمذي وحسَّنه[(١)].

(فَإِنْ بَرِئَتْ ذِمَّةُ المَضْمُونِ عَنْهُ) مِن الدَّيْنِ المضمونِ بإبراءٍ، أو قضاءٍ، أو حوالةٍ، ونحوِها[(٢)]؛ ....

فرعٌ: نصَّ المالكيَّة، والشَّافعيَّة: أنَّ للضَّامن أن يطلب من الدَّائن تخليصه من الضَّمان عند حلول الأجل.

* وأيضًا المذهب، ومذهب الحنفيَّة، والشَّافعيَّة: أنَّ الدَّائن لا يطالب الضَّامن إذاكان الضَّمان مؤجَّلًا إلَّا بحلول الأجل.

فرعٌ: المذهب: إذا ضمن المؤجَّل حالًّا لا يصير حالًّا، ولا يملك الدَّائن المطالبة إلَّا بحلول الأجل على الأصيل.

فرعٌ: باتِّفاق الأئمَّة أنَ للضَّامن أن يطالب المدين بتخليصه من الدَّين في حالة مطالبة الدَّائن للضَّامن بشرط كون الضَّمان بإذن المضمون عنه.

(١) رواه أبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي (٢١٢٠)، ورواه أحمد (٢٢٢٩٥)، وابن ماجه (٢٤٠٥)، من طريق إسماعيل بن عياش، عن شرحبيل الخولاني، عن أبي أمامة ﷺ مرفوعًا. وحسنه الترمذي، والبغوي، وابن الملقن، وقال الذهبي: (إسناده قوي)، وصححه الألباني.

وضعَّفه ابن حزم بضعف إسماعيل بن عياش، قال ابن حجر: (ولم يُصب)، قال ابن الملقن: (وهذا غريب، فإسماعيل حجة فيما يروي عن الشاميين، وشرحبيل شامي)، وقال ابن عبد الهادي: (ورواية إسماعيل عن أهل الشام جيدة). [انظر: المحلى ٨/ ١٤٣، شرح السنة ٨/ ٢٢٥، تنقيح التحقيق ٤/ ١٤٤، سير أعلام النبلاء ٧/ ٣٢٥، البدر المنير ٦/ ٧٠٧، التلخيص الحبير ٣/ ١١٦، الإرواء ٥/ ٢٤٥].

(٢) باتِّفاق الأئمَّة، كأن زال العقد الَّذي وجب بتقايلٍ أو غيره. [انظر: حاشية

(**بَرِئَتْ ذِمَّةُ الضَّامِنِ**)؛ لأنَّه تَبَعٌ له[(١)]، (**لَا عَكْسُهُ**)، فلا يَبرأُ المضمونُ ببراءةِ الضامِنِ؛ لأنَّ الأصلَ لا يَبرأُ ببراءةِ التَّبَعِ[(٢)].

وإذا تعدَّد الضامِنُ[(٣)] لم يَبرَأْ أحدُهم بإبراءِ الآخَرِ، ويَبرؤون بإبراءِ

العنقريِّ ٢/ ١٨٢].

(١) في الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ١١: (لا نعلم له خلافًا؛ لأنَّه تبعٌ، ولأنَّه وثيقةٌ، فإذا برئ الأصل زالت الوثيقة كالرَّهن).

وفي حاشية العنقريِّ ٢/ ١٨٢: (فائدتان: الأولى: إذا كان لإنسانٍ دينٌ وضمنه آخر، وأبرأ صاحب الدَّين غريمه لجهالة سقوطه عن الضَّامن فلا يبرأ، صرَّح به ابن عطوة...، قال ابن قدامة: من رضي بشيءٍ بناءً على ظنٍّ تبيَّن خلافه لم يسقط حقُّه. اهـ.

وقال ابن عبد الهادي: من جعل له شيءٌ في مقابلة براءةٍ أو إقرارٍ فلم يكن يبطل الإقرار والبراءة، ويرجع ذلك باتِّفاق الأئمَّة. اهـ.

الثَّانية: لو قال المضمون له للضَّامن: وهبتك الحقَّ فهو لك، فيرجع على المضمون عنه على الصَّحيح من المذهب، وقيل: بل هو إبراءٌ فلا رجوع) اهـ.

(٢) في الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ١١: (ولأنَّه وثيقةٌ انحلَّت من غير استيفاء الدَّين منها، فلم تبرأ ذمَّة الأصل كالرَّهن إذا انفسخ من غير استيفاءٍ، وأيُّهما قضى الحقَّ برئا جميعًا من المضمون له؛ لأنَّه حقٌّ واحدٌ فإذا اسْتُوفيَ مرَّةً زال تعلُّقه بهما، كما لو اسْتُوفيَ الحقُّ الذي به رهنٌ، وإن أحال أحدهم الغريم برئا جميعًا؛ لأنَّ الحوالة كالقضاء).

وفي الإنصاف: (وإن برئ الضَّامن أو أقرَّ ببراءته لم يبرأ المضمون عنه بلا نزاعٍ).

(٣) إذا تعدَّد الكُفَلاء فلا يخلو من أمرين:

أن تكون كفالتهم في عقدٍ واحدٍ، فالمذهب، ومذهب الحنفيَّة، والشَّافعيَّة:

المضمونِ عنه[١].

(وَلَا تُعْتَبَرُ مَعْرِفَةُ الضَّامِنِ للمَضْمُونِ عَنْهُ[٢]، وَلَا) معرفتُه للمضمونِ

أنَّ تسليم أحد الكفلاء يبرئ الآخرين.

وإن كانت كفالتهم متعاقبةً فلا يبرأ إلَّا المحضر، وهذا المذهب، ومذهب الحنفيَّة، ووجهٌ عند الشَّافعيَّة. [انظر: درر الحكَّام ١/ ٨٤٢، روضة الطَّالبين ٤/ ٢٥٧، الإنصاف ٥/ ٤١٤، الكفالة ١٠٠].

* للدَّائن المضمون له أن يطالب كلَّ واحدٍ من الكفلاء بكلِّ الدَّين إذا كانت كفالتهم على التَّعاقب...، وإذا تعدَّد الكفلاء بالدَّين في عقدٍ واحدٍ، فإنَّ الدَّين يقسم عليهم بحسب رؤوسهم عند الحنفيَّة، والمالكيَّة، والحنابلة، وفي قولٍ عند الشَّافعيَّة؛ لأنَّ الضَّامن للدَّين مجموعهم، فصاروا في ضمانه شركاء، والمكفول به يقبل الانقسام، فوجب أن يقسم عليهم.

وزاد المالكيَّة: أنَّ الدَّائن لو اشترط حمالة بعضهم عن بعضٍ، كان له أخذ جميع حقوقه من أحدهم إن غاب غيره أو افتقر فصار معدمًا، أمَّا إن حضروا جميعًا مِلاءً فإنَّه يَتبع كلَّ واحدٍ منهم بحصَّته فقط حسب انقسام الدَّين عليهم.

والقول الآخر للشَّافعيَّة: أنَّ للدَّائن مطالبة كلِّ واحدٍ منهم؛ إذ يعدُّ كلُّ واحدٍ منهم كفيلًا بكلِّ الدَّين.

(١) لأنَّ المضمون عنه هو الأصل، فبرأ الفرع ببراءة الأصل.

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول المالكيَّة، والشَّافعيَّة، وهذا هو الشَّرط الخامس؛ لحديث سلمة بن الأكوع ﷺ المتقدِّم أوَّل الباب، وفيه قول أبي قتادة: «صلِّ عليه يا رسول الله وعليَّ دينه».

فالنَّبيُّ ﷺ أقرَّ الضَّمان من غير أن يسأل الضَّامن هل يعرف المضمون عنه أم لا، ولأنَّ الضَّمان تبرُّعٌ بالتزام مالٍ، فلا يشترط معرفة من يتبع عنه به كالنَّذر.

وعند أبي حنيفة: يشترط معرفة المضمون عنه للضَّمان إذا كان الضَّمان

(لَهُ)[١]؛ لأنَّه لا يُعتبرُ رضاهُما[٢]، فكذا معرفَتُهُما، ....

معلَّقًا أو مضافًا، أمَّا إذا كان الضَّمان منجَّزًا فلا يشترط معرفته، وعلى هذا لو قال شخصٌ لآخر: ما بايعت أحدًا من النَّاس أو ما أقرضت أحدًا من النَّاس فأنا كفيلٌ فلا تصحُّ، ولو قال لشخصٍ: كفلت لك بما لَكَ على فلانٍ أو فلانٍ صحَّت، ويكون للكفيل حقُّ تعيين المضمون عنه منهما؛ لأنَّه الملتزم بالدَّين. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/٦، حاشية ابن عابدين ٥/٣٠٧، حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٣٣٤، منح الجليل ٦/ ٢٥٢، مغني المحتاج ٢/ ٢٠٠، نهاية المحتاج ٤/ ٢٢٤، كشَّاف القناع ٣/ ٣٥٤].

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكيَّة، فلو قال: أنا ضامنٌ الدَّين الَّذي على زيدٍ للنَّاس، وهو لا يعرف عين من له الدَّين صحَّ الضَّمان؛ لحديث أبي قتادة السَّابق، فقد ضمن دين الميت دون أن يعرف الميِّت، وهذا هو الشَّرط السَّادس.

وعند الحنفيَّة والشَّافعيَّة: يشترط كون المضمون له معلومًا للضَّامن، فلو قال: أنا ضامنٌ ما يحصل من هذا الدَّلَّال من ضررٍ على النَّاس لم يصحَّ؛ لتفاوت النَّاس في استيفاء حقوقهم تشديدًا أو تسهيلًا، وليعلم الضَّامن هل المضمون له أهلٌ لإسداء الجميل أو لا؟. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٢) باتِّفاق الأئمَّة الأربعة: عدم اشتراط رضا المضمون عنه، فلا يطلب منه قبولٌ؛لحديث سلمة بن الأكوع أنَّ النَّبيَّ ﷺ أقرَّ ضمان أبي قتادة دين الميِّت، والميِّت لا يتأتَّى منه رضًا ولا إذنٌ؛ ولأنَّ الضَّمان التزامٌ من الضَّامن بما على غيره، وذلك تصرُّفٌ في حقِّ نفسه، وليس على المضمون عنه ضررٌ في ذلك فصحَّ بدون رضًا، ولأنَّ قضاء دين الغير بغير إذنه جائزٌ، فالتزامه أَولى، وهذا هو الشَّرط السَّابع.

ويترتَّب على ذلك صحَّة الضَّمان إذا كان المضمون عنه صبيًّا أو مجنونًا، أو غائبًا.

....

وذهب المتيطيُّ وابن فتوحٍ من المالكيَّة: إلى اشتراط إذن المضمون عنه في عقد الضَّمان. [انظر: العناية ٧/ ١٨٨، بلغة السَّالك ٢/ ١٥٦، منهاج الطَّالبين ٢/ ٣٢٥، كشَّاف القناع٣/ ٣٦٢].

فرعٌ: المذهب، وهو مذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة: لا يشترط لصحَّة الضَّمان أن يكون المضمون عنه قادرًا على تسليم المضمون به، فيصحُّ الضَّمان عن كلِّ من وجب عليه حقٌّ، حيًّا كان أو ميِّتًا، مليئًا أو مفلسًا؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ أقرَّ الكفالة عن ميِّتٍ لم يترك وفاءً ولا كفيلًا، وهذا هو الشَّرط الثَّامن.

وعند أبي حنيفة: يشترط في المضمون عنه أن يكون قادرًا على الوفاء بالمضمون به، إمَّا بنفسه وإمَّا بنائبه، فلا يصحُّ عنده ضمان ميِّتٍ مدينٍ توفي لا عن تركةٍ؛ لأنَّ الميِّت في هذه الحال عاجزٌ عن الوفاء، والضَّمان: ضمُّ ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ في الدَّين أو في المطالبة، ولا دين هنا ولا مطالبة؛ لأنَّه بالوفاة عن غير مالٍ ولا كفيلٍ تصير ذمَّته خربةً وغير صالحةٍ لأن تشغل بدَينٍ.

مسألة: المذهب، وهو مذهب المالكيَّة، والأصحُّ عند الشَّافعيَّة: لا يشترط لصحَّة الضَّمان رضا المضمون له؛ لما تقدَّم في حديث سلمة أنَّ أبا قتادة ضمن الميِّت دون أن يعرف المضمون له أو يطلب قبوله، وهذا هو الشَّرط التَّاسع.

ولأنَّ عقد الضَّمان وثيقةٌ لا يعتبر فيها قبضٌ فأشبه بالشَّهادة، فاقتضى بذلك عدم اشتراط المضمون له.

وعند أبي حنيفة: يشترط رضا المضمون له وقبوله، لأنَّ الضَّمان عقد وثيقةٍ يفتقر إلى لفظ الضَّامن بالضَّمان، فاقتضى أن يفتقر إلى قبول المضمون له، ولأنَّ الضَّمان إثبات مالٍ لآدميٍّ فلم يثبت إلَّا برضاه، أو رضا من ينوب عنه، كالبيع، والشِّراء. [انظر: درر الحكَّام ٢/ ٢٩٥، حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٣٤٣، الحاوي ٨/ ١١١، المغني ٧/ ٧٢، نظريَّة الضَّمان ٣٢٤، أحكام الكفالة ٢٥٤].

الشَّرط العاشر: المذهب، ومذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة: أنَّ صيغة الضَّمان

(**بَلْ**) يُعتبرُ (**رِضَا الضَّامِنِ**)(١)؛ لأنَّ الضمانَ تبرعٌ بالتزامِ الحقِّ، فاعتُبر له الرِّضا؛ كالتَّبرُّعِ بالأعيانِ.

(**وَيَصِحُّ ضَمَانُ المَجْهُولِ إِذَا آلَ إِلَى العِلْمِ**)(٢)؛ ....

تتمُّ بإيجاب الضَّامن وحده، ولا تتوقَّف على قبول المضمون له؛ لأنَّ الكفالة مجرَّد التزامٍ بأداء الدَّين لا معاوضة فيه، بل هو تبرُّعٌ ينشأ بعبارته وحده، فيكفي فيه إيجاب الكفيل.

وعند أبي حنيفة، وهو رأيٌ عند الشَّافعيَّة: لا بدَّ من قبول المضمون له؛ لأنَّ الضَّمان عقدٌ يملك به المضمون له حقَّ مطالبة الضَّامن أو حقًّا ثبت في ذمَّته فوجب قبوله، ويترتَّب على ذلك أنَّ الكفالة لا تتمُّ بعبارة الكفيل وحده، سواءٌ كانت الكفالة بالنَّفس أو بالمال، بل لا بدَّ من قبول المكفول له. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) باتِّفاق الأئمَّة، وهذا هو الشَّرط الحادي عشر، في الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢١: (لا يصحُّ الضَّمان إلَّا برضا الضَّامن، فإن أكره عليه لم يصحَّ؛ لأنَّه التزام مالٍ فلم يصحَّ بغير رضا الملتزم كالنَّذر).

(٢) كأن يقول: أنا ضامنٌ لك ما أعطيت فلانًا، أو ما يقرُّ به لك، ونحو ذلك، وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفيَّة، والمالكيَّة؛ لما استدلَّ به المؤلِّف، ولأنَّه التزام حقٍّ في الذِّمَّة من غير معاوضةٍ فصحَّ في المجهول كالنَّذر والإقرار، وهذا هو الشَّرط الثَّاني عشر.

وعند الشَّافعيَّة: لا يصحُّ ضمان المجهول؛ لأنَّه إثبات مالٍ في الذِّمَّة بعقد آدميٍّ فلم يَجز مع الجهالة كالثَّمن في البيع.

ونوقش: بالفرق فالضَّمان من عقود التَّبرُّعات، وليس من عقود المعاوضات كالبيع. [انظر: المصادر السَّابقة].

وفي كشَّاف القناع ٣/ ٣٦٨: (ويصحُّ ضمان دين الميِّت ولو غير مفلسٍ،

لقولِه تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يُوسُف: ٧٢]، وهو غيرُ معلومٍ؛ لأنَّه يختلِفُ.

(وَ) يصحُّ أيضًا ضمانُ ما يؤولُ إلى الوجوبِ[١]، كـ (**العَوَارِيِّ، وَالمَغْصُوبِ، وَالمَقْبُوضِ بِسَوْمٍ**)[٢] ....

لأنَّ أبا قتادة ضمن دين الميِّت، ولا تبرأ ذمَّته قبل القضاء . . . ، ولـمَّا أخبر أبو قتادة النَّبيَّ ﷺ بوفاء الدِّينارين قال: «الآن بردَّتَ عليه جلده»، رواه أحمد بإسناد حسن، ولأنَّه وثيقةٌ بدينٍ، فلم يسقط قبل القضاء كالرَّهن). اهـ.

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفيَّة، المالكيَّة.

وعند الشَّافعيَّة: لايصحُّ.

في الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٤: (ويصحُّ ضمان ما لم يجب، فلو قال: ما أعطيتَ فلانًا فهو عليّ صحَّ، والخلاف في هذه المسألة كالَّتي قبلها - ضمان المجهول - ودليل القولين ما ذكرنا . . . ، وقد سلَّموا ضمان ما يلقيه في البحر قبل وجوبه بقوله: ألقِ متاعك في البحر وعليَّ ضمانه، وسلَّم أصحاب الشَّافعيِّ في أحد الوجهين ضمان الجعل في الجِعالة قبل العمل، وما وجب شيءٌ بعد).

(٢) المذهب، وهو قول الجمهور: صحَّة ضمان الأعيان المضمونة؛ لأنَّها مضمونةٌ على من هي في يده فصحَّ ضمانها كالحقوق الثَّابتة في الذِّمَّة.

والقول الثَّاني للشَّافعيِّ: لا يصحُّ ضمانها؛ لأنَّها غير ثابتةٍ في الذِّمَّة، وإنَّما يضمن ما يثبت في الذِّمَّة، ووصفنا لها بالضَّمان إنَّما معناه أنَّه يلزمه قيمتها عند التَّلف، والقيم مجهولةٌ.

ونوقش: أنَّ قولهم: الأعيان لا تثبت في الذِّمَّة، أنَّ المراد في ضمان الأعيان ضمان استنقاذها وردِّها، والتزام تحصيلها، أو قيمتها عند تلفها، وهذا ممَّا يصحُّ ضمانه كعهدة المبيع. [فتح القدير ٦/ ٣١٢، الفتاوى الهنديَّة ٣/ ٥٤،

إنْ ساوَمَه وقَطَع ثمنَه(١)، أو ساوَمَه فقط ليُرِيَه أهلَه إن رَضُوهُ وإلا ردَّه(٢)، وإنْ أَخَذه ليُرِيَه أهلَه بلا مساومةٍ ولا قطعِ ثمنٍ؛ فغيرُ مضمونٍ(٣).

(وَ) يصحُّ ضمانُ (عُهْدَةِ مَبِيعٍ)(٤) بأن يَضمَنَ الثمنَ إن استُحِقَّ المَبيعُ، ..

حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٣٣٤، نهاية المحتاج ٤/ ٤٤١، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٣٦، نظريَّة الضَّمان ٣٢٤، أحكام الكفالة ٢٥٤].

وضمان العين المضمونة عند الحنفيَّة، والحنابلة: يكون بتسليمها ما دامت قائمةً، وإن هلكت فبردِّ المثل إن كانت مثليَّةً، أو القيمة إن كانت متقوِّمةً.

وعند المالكيَّة: إذا ضمن تلف العين إذا تلفت بتعدٍّ أو تفريطٍ التزم بردِّ المثل أو دفع القيمة، وإذا ضمن تسليمها بذاتها لم يلزمه شيءٌ.

وعند الشَّافعيَّة على القول بصحَّة ضمان العين يلتزم بتسليمها إن كانت قائمةً، فإن هلكت ففيه وجهان: أحدهما: يجب الضَّمان. وفي الآخر: لا يجب الضَّمان. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) وذلك بأن يساوم إنسانًا على عينٍ، ويقطع ثمنها، ثمَّ يأخذها ليريها أهله، فإن رضوها أخذها، وإلَّا ردَّها لربِّها، فإذا قبضها ضمنها إذا تلفت فصحَّ ضمانها؛ لكونها مقبوضةً على وجه البدل والعوض.

فالمذهب: يضمن المتلف مطلقًا وإن لم يتعدَّ أو يفرِّط.

والأقرب: أنَّ حكم المقبوض بسومٍ مع قطع الثَّمن حكم الأمانة؛ لأنَّه قبضه بإذن مالكه، ويأتي حكم ضمان الأمانات، وأنَّ الضَّمان للتَّعدِّي والتَّفريط فيها.

(٢) أي: أو ساومه بدون قطع الثَّمن، وحكم هذه المسألة كالمسألة السَّابقة.

(٣) أي: إذا تلف بغير تفريطٍ؛ لأنَّه غير مقبوضٍ على وجه العوض؛ لعدم السَّوم، فحكم ضمانه حكم ضمان الأمانة، ويأتي.

فأصبح المقبوض بسومٍ له ثلاث حالاتٍ.

(٤) في المطلع ص ٢٤٩: (قال الجوهريُّ: العُهْدة كتاب الشِّراء، ويقال:

. . . .

عهدته على فلانٍ، أي: ما أدرك فيه من دَرَكٍ فإصلاحه عليه).

وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة.

لكن عند الشَّافعيَّة: لا يصحُّ ضمان الدَّرك إلَّا بعد قبض الثَّمن؛ لأنَّ الضَّامن إنَّما يضمن ما دخل في يد البائع، ولا يدخل الثَّمن في ضمانه إلَّا بعد قبضه.

وعند الحنفيَّة:

ضمان الدَّرك: وهو ضمان الثَّمن عند استحقاق المبيع، كظهور المبيع وقفًا وهذا تصحُّ كفالته.

ضمان العُهْدة: وهي كتاب الشِّراء، وهو للمشتري، فهو بمنزلة من ضمن لرجلٍ ملكه، فعند أبي حنيفة: عدم جواز ضمان العُهْدة، لأنَّ العُهْدة تحتمل الدَّرك، وتحتمل الصَّحيفة وهو الصَّكُّ، والصَّكُّ غير مضمونٍ على الأصيل.

وعند أبي يوسف ومحمَّدٍ: صحَّة ضمان العهد، لأنَّ ضمان العُهْدة هو ضمان الثَّمن عند استحقاق المبيع:

ضمان الخلاص: فعند أبي حنيفة ضمان الخلاص تخليص المبيع، وهذا غير صحيحٍ، لأنَّه لايقدر على ذلك.

وعند أبي يوسف، ومحمَّدٍ: هو تخليص المبيع إن قدر عليه، وردُّ الثَّمن إن لم يقدر عليه.

وهذا هو ضمان الدَّرك كما تقدَّم فيصحُّ.

وعند المالكيَّة: صحَّة ضمان الدَّرك دون ضمان الخلاص.

ودليل جواز ضمان الدَّرك: أنَّ مبنى الضَّمان على التَّوسُّع، لأنَّها تبرُّعٌ ابتداءً، فيحتمل فيها جهالة المكفول إذا كانت يسيرةً؛ ولأنَّ الحاجة تدعو إليه.

ودليل من قال بعدم جواز الدَّرك كبعض الشَّافعيَّة؛ لأنَّ ضمان العُهدة ضمانٌ لشيءٍ غير ثابتٍ، ومن شروط المضمون به أن يكون ثابتًا.

أو رُدَّ بعيبٍ[١]، أو الأَرْشَ إن خرَج مَعِيبًا[٢]، أو يَضمَنَ الثمنَ للبائِعِ قبلَ تسليمِه[٣]، أو إنْ ظَهَر به عَيبٌ، أو استُحِقَّ[٤]، فيصحُّ؛ لدعاءِ الحاجةِ إليه[٥].

فرعٌ: عند المالكيَّة يصحُّ ضمان الطَّلب: وهو التزام التَّفتيش على الغريم إن تغيَّب، ثمَّ دلالة ربِّ الحقِّ عليه.

وعند الحنابلة: ضمان المعرفة: وهو أن يضمن معرفة إنسانٍ، فيجب أن يبحث عن المضمون عنه ويعرف مكانه ثمَّ يدلَّ عليه المضمون له، فإن لم يعرف ولم يدلَّ عليه ضمن ما عليه، لأنَّ المضمون له لم يعطه إلَّا بناءً على تعريفه له.

وعند الحنفيَّة: أنَّ ضمان المعرفة لايعتبر من الكفالة لهم، خلافًا لأبي يوسف فعنده يصير ضامنًا بهذا الكلام لتعارف النَّاس على ذلك. [انظر: فتح القدير ٦/ ٢٩٨، مغني المحتاج ٢/ ٢٩٤، الشَّرقاويَّ على التَّحرير ٢/ ١٢١، مغني المحتاج ٢/ ٢٠١، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٩، نظريَّة الضَّمان ٣٢٤، أحكام الكفالة ٢٥٤].

(١) أي: أن يضمن للمشتري الثَّمن إن ظهر المبيع مستحَقًّا لغير بائعٍ، أو رُدَّ المبيع على بائعٍ بعيبٍ أو غيره.

(٢) أي: أن يضمن الأرش للمشتري - على القول به - إن خرج المبيع معيبًا، واختار مشترٍ إمساكه مع العيب، والرُّجوع بالأرش.

(٣) أي: أو يضمن للبائع الثَّمن قبل تسليمه.

(٤) أي: أو يضمن للبائع الثَّمن إن ظهر به عيبٌ، أو استحقَّ للبائع قبل تسليمه.

(٥) لأنَّه لو لم يصحَّ لامتنعت المعاملات مع من لم يعرف، وفيه ضررٌ عظيمٌ، رافعٌ لأصل الحكمة الَّتي شرع البيع من أجلها.

وألفاظُ ضمانِ العهدةِ[(١)]: ضَمِنتُ عُهدتَهُ، أو دَرَكَه، ونحوُها[(٢)].

ويصحُّ أيضًا ضمانُ ما يجبُ[(٣)]، بأن يَضمَنَ ما يلزَمُه مِن دَيْنٍ، أو ما يُدايِنُه زيدٌ لعمرٍو، ونحوَه[(٤)]، وللضامِنِ إبطالُه قبلَ وجوبِه[(٥)]، ....

(١) أي: ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري، وعن المشتري للبائع، وضمان العهدة في الموضعين هو ضمان الثَّمن أو بعضه عن أحدهما - أي: البائع والمشتري كما تقدَّم - للآخر، وأصل العهدة هو الكتاب الَّذي تكتب فيه الوثيقة للبيع، ويذكر فيه الثَّمن، ثمَّ عبِّر به عن الثَّمن الَّذي يضمنه. [انظر: الإنصاف مع الشَّرح ١٣/ ٣٠].

(٢) كضمنت خلاصك منه، أو متى خرج المبيع مستحَقًّا فقد ضمنت الثَّمن. [انظر: المصدر السَّابق].

(٣) وتقدَّم قريبًا الإشارة إلى خلاف العلماء في هذه المسألة.

(٤) كما يقضى به عليه، أو ما تقوم به البيِّنة، أو ما يقرُّ لك به . . .، ومنه ضمان السُّوق، وهو أن يضمن ما يلزم التَّاجر من دَين، وما يقبضه من عينٍ مضمومةٍ، قاله شيخ الإسلام. [انظر: كشاف القناع ٣/ ٣٦٧].

(٥) أي: إبطال ضمان ما يجب قبل وجوبه على المضمون عنه.

فالمذهب، وهو مذهب الحنفيَّة، والمالكيَّة: يجوز للضَّامن أن يرجع عن ضمانه بالدَّين إذا كان الضَّمان معلَّقًا على سبب وجوبه، بشرط: أن يرجع قبل الوجوب؛ لعدم الوجوب.

وعند الشَّافعيَّة: عدم جواز الرُّجوع.

واشترط الحنفيَّة أن يعلم المكفول له برجوعه قبل الوجوب.

وعند المالكيَّة: إذا كان هناك حلفٌ في الضَّمان، كما لو قال: احلف وأنا أضمنه، فلا يجوز الرُّجوع لأنَّ الحلف التزامٌ.

وعند الحنفيَّة أيضًا: يجوز للضَّامن أن يرجع عن الضَّمان المضاف قبل

(لَا ضَمَانُ الأَمَانَاتِ)؛ كوديعةٍ، ومالِ شركةٍ، وعينٍ مُؤْجَرةٍ[١]؛ لأنَّها غير مضمونة على صاحبِ اليدِ، فكذا ضامِنُه، (بَلْ) يصحُّ ضمانُ (التَّعَدِّي فِيهَا)، أي: في الأماناتِ؛ لأنَّها حينئذ تكونُ مضمونةً على مَن هي بيدِه؛ كالمغصوبِ[٢].

حلول وقته.

(١) ومضاربةٍ، وعينٍ مدفوعةٍ إلى قصَّارٍ وخيَّاطٍ.

(٢) وهذا هو المذهب: أنَّ الأمانات لا يصحُّ ضمانها، بل يصحُّ ضمان التَّعدِّي فيها؛ لما علَّل به المؤلِّف، وهذا ضمان ما يجب، وقد تقدَّم جوازه على المذهب.

وعند الحنفيَّة: أن الأمانة تنقسم إلى قسمين:

الأوَّل: ما يجب على صاحب اليد تسليمه بمعنى أنَّه ملتزمٌ أن يسعى إلى تسليمه إلى مالكه كالعاريّة في يد المستعير، وكالعين المستأجرة في يد المستأجر؛ فهذا يصحُّ الضَّمان بتسليمه؛ لوجوب التَّسليم على صاحب اليد، فإذا تلف لا يلزم الضَّامن شيءٌ لكونه أمانةً، والأمانة إذا هلكت تهلك مجَّانًا.

الثَّاني: لا يجب على صاحب اليد تسليمه، بل على المالك أن يسعى إلى ذلك كالودائع وأموال المضاربة، فهذا يجوز ضمانه بتسليمه فقط دون قيمته؛ إذ ليس شيءٌ منهما مضمونًا أو واجبًا على صاحب اليد، ولا ضمان إلَّا بما هو واجبٌ.

وعند المالكيَّة: عدم صحَّة ضمان الودائع والعاريّة ومال القراض على أنَّها إذا تلفت أتى بعينها، ولكن يصحُّ الضَّمان على أنَّها إذا تلفت بتعدٍّ أو تقصيرٍ التزم بدفع القيمة أو ردِّ المثل؛ لأنَّها كفالةٌ معلَّقةٌ على ثبوت الدَّين، وهي جائزةٌ عندهم.

وعند الشَّافعيَّة: أنَّ العين إذا لم تكن مضمونةً على من هي في يده كالوديعة والمال في يد الشَّريك، والوكيل، والوصيِّ فلا يصحُّ ضمانها؛ لأنَّ الواجب فيها

وإن قَضَى الضامِنُ الدَّيْنَ بنيَّةِ الرجوعِ رَجَع، وإلا فلا(١)، وكذا كَفيلٌ،

التَّخلية دون الرَّدِّ. [انظر: فتح القدير ٦/ ٣١٢، مواهب الجليل ٥/ ٩٨، نهاية المحتاج ٤/ ٤٤١، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٣٦، نظريَّة الضَّمان ٣٧٦، أحكام الكفالة ٣٦٥].

(١) باتِّفاق الأئمَّة أنَّ الضَّامن إذا أدَّى ما على المضمون بنيَّة التَّبرُّع لم يملك الرُّجوع.

وإذا أدَّى الضَّامن عن المضمون بنيَّة الرُّجوع على المدين فله أحوالٌ:

الأولى: أن يكون الضَّامن ضمن بإذن المدين، ثمَّ أوفاه كذلك، فله الرُّجوع.

الثَّانية: أن يكون الضَّامن ضمن بإذن المدين، ثمَّ أوفاه بدون إذنه، فله الرُّجوع على المذهب، وهو قول الجمهور؛ لأنَّ الإذن في الضَّمان يتضمَّن الإذن في الأداء عرفًا.

وعند بعض الشَّافعيَّة: لا يرجع؛ لأنَّ الغرم حصل بغير إذنٍ.

الثَّالثة: أن يكون الضَّمان بدون إذن المدين، وأدَّى الدَّين بإذن المدين، فله الرُّجوع، وهذا هو المذهب، ومذهب المالكيَّة؛ لأنَّ إذن المدين بالوفاء يدلُّ على أنَّه أراد أن يقوم الضَّامن عنه فيه.

وعند الحنفيَّة، والمصحَّح عند الشَّافعيَّة: لا يرجع؛ لأنّ الغرم بالضَّمان ولم يأذن فيه.

الرَّابعة: أن يكون الضَّمان والأداء بدون إذن المدين:

فالمذهب: أنَّه يرجع؛ لأنَّه أداءٌ مُبْرِئٌ من دينٍ واجبٍ فكان من ضمان من هو عليه.

وعند الحنفيَّة، والشَّافعيَّة، وروايةٌ عند الحنابلة: أنَّه لا يرجع؛ لأنَّ صلاة النَّبيِّ ﷺ على الميِّت المدين بعد ضمان دينه تدلُّ على أنَّ ذمَّته برئت من الدَّين، ولو كان للضَّامن حقُّ الرُّجوع ما برئت ذمَّة الميت. [انظر: المصادر السَّابقة،

وكلُّ مؤدٍّ عن غيرِه دَيْنًا واجبًا[1]، غيرَ نحوِ زكاةٍ.

بدائع الصَّنائع ٧/ ٣٤، بلغة السَّالك ٢/ ١٥٧، شرح البهجة ١٦٣، المغني ٤/ ٦١٣، نظريَّة الضَّمان ٥٢٠].

واشترط الحنفيَّة للرُّجوع:

أن يكون الضَّمان بأمر المضمون عنه.

أن يكون المضمون عنه ممَّن يجوز إقراره على نفسه، فلا يرجع على صبيٍّ ولا عبدٍ محجورين.

أن يضيف المضمون عنه الضَّمان لنفسه بأن يقول: اضمن عنِّي، ونحو ذلك.

ألَّا يكون للأصيل على الضَّامن دَينٌ مثله، فإذا أدَّى الدَّين التقى الدَّينان قصاصًا.

فرعٌ: المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة أنَّ الضَّامن يرجع على المدين بالأقلِّ ممَّا قضى، أو قدر الدَّين؛ لأنَّه إن كان الأقلُّ الدَّين فالزَّائد متبرِّعٌ بأدائه، وإن كان المقضيُّ أقلَّ فإنَّما يرجع بما غرم.

وعند الحنفيَّة، والمالكيَّة: أنَّ الضَّامن يرجع بما ضمن مثليًّا كان أو متقوِّمًا؛ لأنَّ الضَّامن ملك الدَّين بالأداء، فنزِّل منزلة الطَّالب فيستحقُّ الرُّجوع بما كفل به.

فرعٌ: قضاء الدَّين قبل أجله: المذهب، ومذهب الحنفيَّة، والشَّافعيَّة: أنَّه لايحقُّ للضَّامن الرُّجوع قبل الأجل؛لأنَّه متبرِّعٌ بالتَّعجيل.

(١) في حاشية العنقريِّ ٢/ ١٨٥: (قوله: غير نحو زكاةٍ، أي: كنذرٍ وكفَّارةٍ، وكلِّ ما افتقر إلى نيَّةٍ، فلا رجوع له ولو نوى الرُّجوع؛ لأنَّه لا يبرأ المدفوع عنه بذلك لعدم النِّيَّة).

وهذا بناءً على عدم صحَّة تصرُّف الفضوليِّ فيما تشترط له النِّيَّة من زكاةٍ ونحوها، وعلى القول بصحَّة تصرُّف الفضوليِّ ينفذ بالإجازة، ويرجع على المدفوع عنه، والله أعلم.

. . . .

وانظر: عند قول المؤلِّف في الرَّهن: (وإن أنفق على الرَّهن بغير إذن الرَّاهن . . .).

مسألةٌ: الشَّرط في عقد الضَّمان: الأصل في الشُّروط الصِّحَّة، وتقدَّم في الشُّروط في البيع، ومن الشُّروط في عقد الضَّمان الَّتي نصَّ عليها الفقهاء:

شرط الخيار: نصَّ الحنابلة، والشَّافعيَّة: أنَّه لو شرط الضَّامن أو الكفيل لنفسه الخيار لم يصحَّ وفسد العقد؛ لأنَّ الخيار لدفع الغبن وطلب الحظِّ، والضَّامن يدخل في العقد على بصيرةٍ.

وعند أبي حنيفة: العقد صحيحٌ، والشَّرط فاسدٌ.

* أمَّا اشتراط الخيار للمضمون له فلا يضرُّ العقد؛ لأنَّ له المطالبة في الإبراء.

اشتراط براءة الأصيل: نصَّ الحنابلة، والشَّافعيَّة على فساد العقد؛ لأنَّه يخالف مقتضى العقد، وعند الحنفيَّة أنَّ العقد لايفسد لأنَّ الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالةٌ معنًى.

مسألةٌ: أخذ العوض على الضَّمان: فقيل: لا يجوز أخذ العوض على الضَّمان، وهو مذهب الأئمَّة الأربعة على خلافٍ بينهم هل يبطل العوض وحده، ويصحُّ الضَّمان؛ أو يبطلان معًا للإجماع، قال ابن المنذر: (أجمع من نحفظ عنه من أهل العلم على أنَّ الحمالة بجعلٍ يأخذه الحميل لا تحلُّ، ولا تجوز، واختلفوا في صحَّة الضَّمان على هذا الشَّرط.

فكان الثَّوريُّ يقول: إذا قال الرَّجل للرَّجل: اكفُلْ عنِّي، ولك ألف درهمٍ، فإنَّ الكفالة جائزةٌ، وتردُّ إليه الألف درهمٍ.

وقال أحمد: ما أرى هذا يأخذ شيئًا بحقٍّ، وقال إسحاق: ما أعطاه من شيءٍ فهو حسنٌ).

(فَصْلٌ) في الكَفالةِ(١)

ودليل عدم الجواز: أنَّ الضَّمان قد يؤول إلى أن يكون قرضًا جرَّ نفعًا، وذلك أنَّه في حال أداء الضَّامن للمضمون له يكون الضَّامن مقرضًا للمضمون عنه، وبهذا يكون ما أخذه من عمولةٍ من قبيل القرض الَّذي جرَّ نفعًا، وهذا من الرِّبا، ولأنَّ الضَّمان والجاه والقرض من صنف القُرَب، وأبواب المعروف الَّتي لا تفعل إلَّا لله لا يجوز أخذ العوض عليه.

وقيل: يجوز أخذ العوض على الضَّمان، وهو قولٌ منسوبٌ لإسحاق ابن راهويه، وقال به من العلماء عبد الرَّحمن بن ناصر السَّعديُّ؛ إذ لا يوجد دليلٌ صحيحٌ صريحٌ من كتابٍ، أو من سنَّةٍ يحرم أخذ العوض على الضَّمان، ولا يوجد محذورٌ شرعيٌّ في أخذ العوض على الضَّمان، كما لا توجد مصلحةٌ شرعيَّةٌ في تحريمه، بل إنَّ المصلحة في إباحته وحلِّه، وصحَّته، والأصل في المعاملات الإباحة والصِّحَّة، ولا يحرم منها إلَّا ما يقوم الدَّليل الخاصُّ على تحريمه.

(١) في المطلع ص ٢٤٩: (الكفالة مصدر كَفَلَ به كفْلًا، وكُفُولًا، وكفالةً، وكَفَلته وكَفَلت عنه: تحمَّلت، وقرئ شاذًّا ﴿وكَفِلَها زكريَّا﴾ بكسر الفاء).

وفي المصباح ٢/٥٣٦: (... قال ابن الانباريِّ: تَكَفَّلت بالمال: التزمت به، وألزمته نفسي... وقال ابن الأعرابيِّ: وكافلٌ أيضًا مثل: ضمينٍ، وضامنٍ، وفرَّق اللَّيث بينهما، فقال: الكفيل: الضَّامن، والكافل: هو الَّذي يَعُول إنسانًا وينفق عليه).

وثبوت الكفالة في القرآن كما في قوله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُۥ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ ٱللَّهِ لَتَأْتُنَّنِى بِهِۦٓ إِلَّآ أَن يُحَاطَ بِكُمْ﴾.

ومن السُّنَّة: عموم قوله ﷺ: «الزَّعيم غارمٌ».

ولأنَّ الحاجة داعيةٌ إلى الاستيثاق بضمان المال أو البدن، وضمان المال يمتنع منه كثيرٌ من النَّاس، فلو لم تجز الكفالة بالنَّفس لأدَّى إلى الحرج، وعدم

وهي: التزامُ رشيدٍ[(١)] إحضارَ مَن عليه حقٌّ ماليٌّ لربِّه[(٢)].

المعاملات المحتاج إليها. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٣٧٤].

(١) تفسير الرُّشد في باب الحجر.

ولو مفلسًا، أو مكاتبًا أو قنًّا بإذن السَّيِّد. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٣٧٥، حاشية العنقري ٢/ ١٨٦].

(٢) من دَينٍ، أو عاريّةٍ، ونحوهما.

فالضَّمان للحقِّ، والكفالة إحضار بدن من عليه الحقُّ.

وعند الحنفيَّة: إحضار المكفول به.

وعند المالكيَّة: التزام الإتيان بالغريم عند حلول الأجل.

وعند الشَّافعيَّة: التزام إحضار المكفول أو جزءٍ شائعٍ منه. [انظر: فتح القدير ٦/ ٢٨٥، الشَّرح الصَّغير ٣/ ٤٥٠، نهاية المحتاج ٤/ ٤٤٥، كشَّاف القناع ٣/ ٣٧٥، نظريَّة الضَّمان ٢١٨].

باتِّفاق الأئمَّة: أنَّ الكفالة بالنَّفس صحيحةٌ، لقوله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُۥ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ ٱللَّهِ لَتَأْتُنَّنِى بِهِۦٓ إِلَّآ أَن يُحَاطَ بِكُمْ﴾، ولما رواه حمزة بن عمرٍو الأسلميّ: أنَّ عمر رضي الله عنه بعثه مصدِّقًا، فوقع رجلٌ على جارية امرأته، فأخذ حمزة من الرَّجل كفلاء حتَّى قدم على عمر رضي الله عنه، وكان عمر قد جلده مائة جلدةٍ، فصدَّقهم، وعذره بالجهالة.

قال ابن حجرٍ: استفيد من هذه القصَّة مشروعيَّة الكفالة بالأبدان، فإنَّ حمزة بن عمرٍو الأسلميَّ صحابيٌّ، وقد فعله، ولم ينكر عليه عمر رضي الله عنهما، مع كثرة الصَّحابة حينئذٍ، وروى البخاريُّ كذلك قول جريرٍ والأشعث لعبد الله بن مسعودٍ في المرتدِّين: استتبهم وكفِّلهم، فتابوا وكَفَلهم عشائرهم.

وفي قولٍ للشَّافعيَّة، وهو قول الظَّاهريَّة: لا تصحُّ؛ لأنَّ الحرَّ لا يدخل تحت اليد ولا يقدر على تسليمه.

ولأنَّ الكفالة بالنَّفس شرطٌ ليس في كتاب الله تعالى فهو باطلٌ.

وتَنعقِدُ بما يَنعقِدُ به ضَمانٌ[(١)].

وإنْ ضَمِنَ معرفتَه أُخِذَ به[(٢)].

(وَتَصِحُّ الكَفَالَةُ بِـ) بدنِ **(كُلِّ)** إنسانٍ عندَه **(عَيْنٌ مَضْمُونَةٌ)**[(٣)]؛ ....

ونوقش: بعدم التَّسليم لما تقدَّم.

(١) في حاشية العنقريِّ ٢/ ١٨٦: (أي: من الألفاظ السَّابقة كلِّها، نحو: أنا ضمينٌ ببدنه، وزعيمٌ به، وبحث مرعيٌّ مشترطًا بإضافة ذلك لإحضار المكفول، فأفهم أنَّه لو قال: ضمنته ونحوه لم يصحَّ، وهو ظاهرٌ ممَّا تقدَّم).

(٢) وفي حاشية العنقريِّ ٢/ ١٨٧: (وفي شرح المحرَّر للشَّيخ تقيِّ الدِّين: ضمان المعرفة معناه: إنِّي أعرِّفك من هو؟ وأين هو؟ فإن لم يعرِّفه ضمن، وإن عرَّفه فليس عليه أن يحضره، وقال ابن عقيلٍ بعد حكايته نصَّ الإمام: هذا يعطي أنَّ أحمد جعل ضمان المعرفة توثقةً لمن له المال، فكأنَّه قال: ضمنت لك حضوره متى أردت؛ لأنَّك لا تعرفه، ولا يمكنك إحضار من لا تعرفه فأحضره لك متى أردت؛ لأنَّك لا تعرفه، فصار كقوله: تكفَّلت ببدنه).

(٣) فأخرج الأمانات كالوديعة، والشَّركة، والمضاربة، فلا تصحُّ الكفالة بها كما تقدَّم في الضَّمان، إلَّا إن كَفَله بشرط التَّعدِّي أو التَّفريط، فيصحُّ. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٣٧٦].

عند الحنفيَّة الأعيان أربعة أنواعٍ:

أعيانٌ مضمونةٌ بنفسها كالمغصوب، وبدل الخلع، والصُّلح عن دم العمد، ونحو ذلك، وهذه تصحُّ الكفالة بها، ويلزم الكفيل بتسليمه ما دام قائمًا، فإذا هلك ألزم بضمانه.

أعيانٌ مضمونةٌ بغيرها، كالمبيع بيد البائع والرَّهن بيد المرتهن، وهذا لا تصحُّ كفالته، وإنَّما يصحُّ ضمان تسليمه، فإذا هلك سقطت الكفالة.

أعيانٌ هي أمانةٌ غير واجبة التَّسليم كالودائع والمضاربات ونحو ذلك ممَّا

كعاريَّةٍ[١] ليردَّها أو بَدَلَها[٢]، (وَ) تصحُّ أيضًا (بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ)[٣]، .....

ليس واجب التَّسليم، فلا تصحُّ الكفالة بها مطلقًا؛ لأنَّها غير مضمونةٍ على من هي بيده.

أعيانٌ هي واجبة التَّسليم كالعاريّة والعين المُؤْجَرة، وهذا تجوز الكفالة بتسليمه لوجوب التَّسليم على صاحب اليد، فإذا هلك لم يلزم الكفيل شيءٌ.

وعند المالكيَّة: لاتصحُّ الكفالة في أيِّ عينٍ من الأعيان مطلقًا.

وعند الشَّافعيَّة: الأعيان قسمان:

أعيانٌ هي أمانةٌ كالوديعة ومال الشَّركة والمضاربة، وهذه لايصحُّ ضمانها؛ لأنَّها غير مضمونةٍ على من هي بيده.

أعيانٌ مضمونةٌ كالمغصوب والعارية ونحو ذلك، وهذه يصحُّ ضمانها؛ لأنَّها مضمونةٌ على من هي بيده. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) وغصبٍ، المذهب، وهومذهب الحنفيَّة وهو قولٌ عند الشَّافعيَّة: صحَّة كفالة العين المضمونة بغصبٍ، ونحوه، فيلتزم الكفيل بردِّ العين ما دامت قائمةً، وبردِّ المثل إن كانت مثليَّةً، وبردِّ القيمة إن كانت قيميَّةً، والحكم كذلك عند الحنفيَّة في العين المبيعة بعقدٍ فاسدٍ.

وعند المالكيَّة، وهو قولٌ آخر للشَّافعيَّة: لا تجوز الكفالة بالأعيان على أنَّه إذا استحقَّ لزمه عينه، وإنَّما تصحُّ إذا ضمن المعيَّن على أنَّه إذا تلف بتعدٍّ أو تقصيرٍ التزم بدفع قيمته، أو بردِّ مثله، وعلى ذلك: إذا ضمن عين المغصوب لم يصحَّ الضَّمان، ولكن إذا كفله على أنَّه ملزمٌ بضمانه إذا تعذَّر ردَّه صحَّ الضَّمان.

(٢) إن كانت باقيةً، أو بدلها إن كانت تالفةً.

(٣) باتِّفاق الأئمَّة: صحَّة كفالة بدنٍ من عليه دَينٌ. [انظر: المصادر السَّابقة].

وفي كشَّاف القناع ٣/٣٧٦: (وتصحُّ الكفالة ببدن من عليه دَينٌ لازمٌ أو يؤول إلى اللُّزوم...، ويصحُّ ضمانه معلومًا كان الدَّين أو مجهولًا؛ إذا كان يؤول إلى العلم من كلٍّ من يلزمه الحضور إلى مجلس الحكم، واحترز به عن

ولو جهِلَه الكَفيلُ؛ لأنَّ كلًّا منهما حقٌّ ماليٌّ، فصحَّت الكفالةُ به؛ كالضَّمانِ.

و(لَا) تصحُّ ببدنِ مَن عليه (حَدٌّ) للهِ تعالى كالزِّنا، أو لآدميٍّ كالقذفِ؛ لحديثِ عمرِو بنِ شعيبٍ، عن أبيه، عن جدِّه مرفوعًا: «**لَا كَفَالَةَ فِي حَدٍّ**»[1]، (وَلَا) ببدنِ مَن عليه (قِصَاصٌ)[2]؛ لأنه لا يُمكِنُ استيفاؤه مِن غيرِ الجاني،

الأب فلا تصحُّ كفالته لولده؛ لأنَّه لا تسمع دعواه بغير النَّفقة الواجبة...، ولو كان من عليه الدَّين محبوسًا؛ لكون المحبوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم).

(١) رواه ابن عدي (٦/ ٤١)، والبيهقي (١١٤١٧) من طريق عمر الدمشقي، حدثني عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده مرفوعًا. قال البيهقي: (تفرد به بقية عن أبي محمد عمر بن أبي عمر الكلاعي، وهو من مشايخ بقية المجهولين، ورواياته منكرة)، وقال ابن عدي: (وهذه الأحاديث - وهذا منها - بهذه الأسانيد غير محفوظات، وعمر بن أبي عمر مجهول، ولا أعلم يروي عنه غير بقية، كما يروي عن سائر المجهولين)، وقال الذهبي: (هذا منكر، وعمر مجهول)، وضعَّف إسناده ابن حجر، وضعفه الألباني. [انظر: تنقيح التحقيق للذهبي ٢/ ١١٧، بلوغ المرام ص٢٢٥، الإرواء ٥/ ٢٤٧].

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكيَّة؛ لما استدلَّ به المؤلِّف.

لكن عند المالكيَّة: يصحُّ التزام طلب من عليه حدٌّ أو قصاصٌ والدَّلالة عليه، دون إحضاره.

وفي قولٍ عندهم: يصحُّ التزام إحضاره.

وعند الحنفيَّة: لا تجوز كفالة من عليه حدٌّ خالصٌ لله كحدِّ الزِّنا وشرب الخمر؛ لأنَّها تندرئ بالشُّبهات، وأمَّا الكفالة ببدن من عليه حدٌّ فيه حقٌّ للعبد، أو قصاصٌ، فتصحُّ إن طابت نفس المطلوب؛ لأنَّه أمكن ترتيب موجبه وهو تسليم النَّفس، وأمَّا إذا لم تطب نفس المطلوب فلا تجوز عند أبي حنيفة، فلا يجبر على إعطاء كفيلٍ بنفسه يحضره في مجلس القضاء، وتجوز عند الصَّاحبين.

ولا بزوجةٍ(١) وشاهدٍ(٢)، ولا بمجهولٍ(٣)، أو إلى أجلٍ مجهولٍ(٤).

ويصحُّ: إذا قَدِمَ الحاجُّ فأنا كفيلٌ بزيدٍ شَهرًا(٥).

وعند الشَّافعيَّة: تصحُّ ببدن من عليه عقوبة آدميٍّ كالقصاص وحد القذف، ولا تصحُّ ببدن من عليه حدٌّ لله تعالى كالزِّنا والخمر؛ لأنَّ حقوق الآدميِّين من القصاص ونحوه مبنيَّةٌ على المشاحَّة، وهي حقٌّ ماليٌّ لازمٌ، أشبهت الكفالة بالمال، فتجوز لتوثيق الحقِّ، بخلاف حدود الله، فهي مبنيَّةٌ على المسامحة.

ونوقش: بأنَّ كون حقوق الآدميِّين مبنيَّةً على المشاحَّة يقتضي المنع. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٨، حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٩٧، الشَّرح الكبير للدَّردير وحاشيته ٣/ ٣٤٤، الموَّاق ٥/ ١٠٥، روضة الطَّالبين ٤/ ٢٥٣، نهاية المحتاج ٤/ ٤٣١، مطالب أُولي النُّهى ٣/ ٣١٦].

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٣/ ٦٣: (ولا تصحُّ ببدن من عليه حدٌّ أو قصاصٌ، هذا المذهب، وعليه الأصحاب، وقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: تصحُّ، واختاره في الفائق).

لحديث بريدة ﷺ في قصَّة الغامديَّة الَّتي اعترفت بالزِّنا، فقال ﷺ: «حتَّى تضعي ما في بطنك، قال: فكَفَلها رجلٌ من الأنصار حتَّى وضعت»، رواه مسلمٌ.

(١) أي: ولا تصحُّ الكفالة بزوجةٍ لزوجٍ أي: أخذ كفيلٍ على الزَّوجة في حقِّ الزَّوجيَّة عليها؛ لأنَّ الحقَّ عليه وهو الاستمتاع لا يمكن استيفاؤه من الكفيل.

(٢) أي: لا يصحُّ أخذ كفيلٍ على الشَّاهد في أداء الشَّهادة؛ لأنَّ الَّذي عليه ليس بمالٍ، ولا يمكن استيفاؤه من الكفيل. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٣٧٦].

(٣) لأنَّه لا يمكن تسليمه.

(٤) لأنَّه ليس له وقتٌ يستحقُّ مطالبته فيه. [انظر: المصدر السَّابق].

(٥) لأنَّها جمعت تعليقًا وتوقيتًا وكلاهما صحيحٌ مع الانفراد، فكذا مع الاجتماع، وتقدَّم. [انظر: المصدر السَّابق].

(**وَيُعْتَبَرُ رِضَا الكَفِيلِ**)؛ لأنَّه لا يَلزَمُه الحقُّ ابتداءً إلا بِرضاه[١]، (**لَا**) رِضا (**مَكْفُولٍ بِهِ**)[٢]، أوْ لَهُ؛ كالضَّمانِ[٣].

وكذا يصحُّ إلى الحصاد والجذاذ؛ لأنَّه تبرُّعٌ من غير عوضٍ جعل له أجلٌ لا يمنع من حصول المقصود منه، وأَولى من السَّلم إلى الحصاد ونحوه.

(١) كالضَّامن باتِّفاق الأئمَّة، كما تقدَّم في الضَّمان.

(٢) وهذا المذهب، ومذهب الحنفيَّة، والمالكيَّة، قياسًا على الضَّمان، بجامع أنَّ كلًّا منهما عقد توثيقٍ.

وفي الأصحِّ عند الشَّافعيِّ: يشترط رضا المكفول، وقبوله؛ لأنَّ مقصود الكفالة إحضار المكفول عند الحاجة، فإذا تمَّت الكفالة بدون إذنٍ لم يلزمه الحضور مع الكفيل، ولأنَّ الكفيل يجعل لنفسه حقًّا على المكفول، وهو الحضور معه، من غير رضاه، وفي هذا إضرارٌ للمكفول فلا يجوز. [انظر: المصادر السَّابقة].

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٣/ ٧٠: (ولا يصحُّ إلَّا برضا الكفيل بلا نزاعٍ).

(٣) تقدَّم في الضَّمان: أنَّه لا يعتبر رضا المضمون له عند جمهور العلماء، خلافًا لأبي حنيفة، وكلام العلماء في هذه المسألة كالكلام في رضا المضمون له.

وفي الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٧٠: (ولا يعتبر رضا المكفول له؛ لأنَّها وثيقةٌ له لا قبض فيها، فصحَّت من غير رضاه كالشَّهادة، ولأنَّها التزام حقٍّ من غير عوضٍ، فلم يعتبر رضاه فيها كالنَّذر).

فرعٌ: الأصحُّ عند الشَّافعيَّة: أنَّه لا يجوز توقيت الكفالة، كأنا كفيلٌ بزيدٍ إلى شهرٍ، وأكون بعده بريئًا؛ لأنَّ الحقوق لا تسقط بمضيِّ الزَّمن، ومقابل الأصحِّ عندهم: أنَّه يجوز، لأنَّه قد يكون له غرضٌ في تسليمه هذه المدَّة.

(فَإِنْ مَاتَ)[1] المكفولُ بَرِئَ الكفيلُ؛ لأنَّ الحضورَ سَقَط عنه[2].

---

(١) شرع المؤلِّف ﷺ في بيان ما يبرأ به الكفيل.

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفيَّة، والمالكيَّة، والشَّافعيَّة؛ لأنَّه ثبت عجزه عن إحضاره بسبب موته، فبَطَلت الكفالة.

ونوقش: أنَّ العجز عن الإحضار في الحياة يؤدِّي إلى التزام الحقِّ للمالك.

وفي قولٍ لمالكٍ، وهو قول اللَّيث، واختاره شيخ الاسلام: أنَّه لا يبرأ بل يلزمه الضَّمان الماليُّ، لأنَّ العقود مبنيَّةٌ على التَّراضي، وصاحب الحقِّ لم يرض بالعقد، إلَّا في حال توثيقه، فإذا برئ الكفيل كان منافيًا لمفهوم الرِّضا في العقد، وهذا أقرب. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٤، التَّاج والإكليل ٥/ ١٠٥، تحفة المحتاج ٥/ ٢٥٨، كشَّاف القناع ٣/ ٣٧٨، اختيارات شيخ الاسلام ٧/ ١٠٤].

وفي كشَّاف القناع: (سواءٌ توانى الكفيل في تسليمه حتَّى مات أو لا . . .، ولو قال الكفيل: إن عجَزَت عن إحضاره كان عليَّ القيام بما أقرَّ به، فقال ابن نصر الله: لم يبرأ بموت الكفيل، ولزمه ما عليه).

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٣/ ٧٥: (إذا مات المكفول به برئ الكفيل على الصَّحيح من المذهب. . .، وقيل: لا يبرأ مطلقًا فيلزمه الدَّين. . .، واختاره الشَّيخ تقيُّ الدِّين، ذكره في الفائق، وقيل: إن توانى في تسليمه حتَّى مات لم يبرأ، وإلَّا برئ). اهـ.

فرعٌ: وفاة الكفيل: المذهب، ومذهب المالكيَّة: عدم سقوط الكفالة بموت الكفيل، وينتقل حقُّ المطالبة إلى الورثة، فإن لم يحضروا المكفول به غرموا ما عليه؛ لما تقدَّم أنَّ الزَّعيم غارمٌ.

وعند الحنفيَّة والشَّافعيَّة: أنَّ الكفيل يبرأ بموته فلا يطالب الورثة؛ لأنَّ الوارث يرث الميِّت فيما له لا فيما عليه. [انظر: البناية ٧/ ٥٤٥، القوانين الفقهيَّة ٢١٤، روضة الطَّالبين ٤/ ٢٥٨، كشَّاف القناع ٣/ ٣٧٩، الكفالة ٩٢].

(أَوْ تَلِفَتِ العَيْنُ بِفِعْلِ اللهِ تَعَالَى) قَبْلَ المطالبةِ(١)؛ بَرِئَ الكفيلُ؛ لأنَّ تَلَفَها بمنزِلَةِ موتِ المكفولِ به.

فإن تَلِفت بفعلِ آدميٍّ فعلى المُتْلِفِ بدلها، ولم يَبْرَأِ الكفيلُ(٢).

(أَوْ سَلَّمَ) المكفولُ (نَفْسَه(٣) بَرِئَ الكَفِيلُ)؛ لأنَّ الأصيلَ أدَّى ما على الكَفيلِ، أشبه ما لو قَضى المضمونُ عنه الدَّيْنَ(٤).

فرعٌ: إذا كَفَل إحضاره قبل شهرٍ، ثمَّ أحضره قبل ذلك فالمذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: لايلزمه قبوله إذا كان في ذلك ضررٌ كأن تكون بيِّنته غائبةٌ.

وعند الحنفيَّة: صحَّة التَّسليم مطلقًا؛ لأنَّ التَّأجيل وجد لمصلحة الكفيل حتَّى لا يضيق الأمر عليه بالمطالبة.

وعند المالكيَّة: لايصحُّ التَّسليم قبل الأجل.

(١) لا بعد طلبه بها.

(٢) في الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٣/٧٦: (وأمَّا إذا تلفت العين بفعل الله تعالى، فالصَّحيح من المذهب: أنَّ الكفيل يبرأ، جزم به في الهداية، والمُذْهب والمستوعب...

وقيل: لا يبرأ، وأطلقهما في الفروع) اهـ.

(٣) لربِّ الحقِّ في محلِّ التَّسليم وأجله.

(٤) فيبرأ الكفيل ببراءة المكفول.

باتِّفاق الأئمَّة أنَّ الكفالة تنقضي بأداء الدَّين سواءٌ من المدين أو الكفيل؛ لأنَّ ما عليهما من الحقِّ زال تعلُّقه بهما بإيفائه.

وباتِّفاق الأئمَّة أنَّ الكفيل يبرأ بانفساخ الدَّين المكفول به، أو فساد الكفالة؛ لأنَّ الدَّين إذا سقط فإنَّ ذمَّة الكفيل تبرأ تبعًا لذمَّة الأصيل. [انظر: المصادر السَّابقة].

وباتِّفاق الأئمَّة: أنَّ الكفالة تنقضي إذا صالح الكفيل الدَّائن عن الدَّين ببعضه

وكذا يَبرأُ الكفيلُ إذا سلَّم المكفولَ بمحلِّ العقدِ[١] وقد حلَّ الأجلُ أوْ لَا، بلا ضَررٍ[٢] في قبضِه، ....

وبذلك يبرأ الأصيل من مطالبة الدَّائن له، ويرجع الكفيل على الأصيل.

فرعٌ: باتِّفاق الأئمَّة: أنَّ الكفالة تنقضي بالإبراء فإن كان الإبراء للأصيل فهو إبراءٌ للكفيل؛ لأنَّه فرعٌ له، وإن كان الإبراء للأصيل فلا يبرأ الأصيل.

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٣/٧٨: (وأمَّا إذا سلَّم المكفول به نفسه في محلِّه، فإنَّ الكفيل يبرأ قولًا واحدًا).

(١) المذهب: أنَّ مكان التَّسليم مكان العقد.

وعند أبي حنيفة: يكون في بلدٍ فيه قاضٍ يمكن التَّخاصم عنده.

وعند المالكيَّة، والشَّافعيَّة: في أيِّ مكانٍ إذا لم يكن في تسلُّمه ضررٌ.

قال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: (إن كان المكفول في حبس الشَّرع فسلَّمه إليه فيه برئ، ولا يلزمه إحضاره عند أحدٍ من الأئمَّة، ويمكِّنه الحاكم من الإخراج ليحاكم غريمه ثمَّ يردَّه، هذا مذهب الأئمَّة كمالكٍ وأحمد وغيرهما) اهـ.

(٢) فإن حصل ضررٌ لغيبة حجَّةٍ، أو لم يكن يوم مجلس الحاكم، أو الدَّين مؤجَّلٌ لا يمكن اقتضاؤه منه، ونحوه لم يبرأ الكفيل، وإن أحضره بعد حلول الأجل برئ مطلقًا.

باتِّفاق الأئمَّة: أنَّ الكفالة تنقضي بتسليم المكفول إلى الدَّائن في مكانٍ يقدر على إحضاره لمجلس الحكم، ولا حائل يمنع من استيفائه، فإن امتنع الدَّائن من استيفاء المكفول بلا عذرٍ فإنَّ الكفيل يبرأ من الكفالة؛ لأنَّه أتى بما عليه، وهذا هو المذهب.

وعند الشَّافعيَّة: إذا امتنع الدَّائن من تسلُّمه فعلى الكفيل أن يسلِّمه إلى الحاكم لقيام الحاكم مقامه، فإن لم يجد حاكمًا أشهد شاهدين على امتناع المكفول له.

وليس ثَمَّ يدٌ حائلةٌ ظالمةٌ[(١)].

وإن تعذَّر إحضارُ المكفولِ مع حياتِه[(٢)]، أو غاب ومَضى زَمنٌ يُمكِنُ إحضارُهُ فيه؛ ضَمِن ما عليه[(٣)] ....

واشترط المالكيَّة: أن يكون تسليم المكفول لنفسه للمكفول له بأمر الكفيل، وإلَّا لم يبرأ من الكفالة.

واشترط الحنفيَّة، والشَّافعيَّة - لكي يبرأ الكفيل من الكفالة - أن يقول المكفول: سلَّمت نفسي إليك عن كفالة فلانٍ، وإن لم يكن ذلك بأمر الكفيل. [انظر: تبيين الحقائق ٤/ ١٤٩، الشَّرح الصَّغير ٣/ ٤٥٠، نهاية المحتاج ٤/ ٤٤٩، المبدع ٤/ ٢٦٥، نظريَّة الضَّمان ٦١٨].

(١) في الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٣/ ٧١: (ومتى أحضر المكفول به وسلَّمه برئ إلَّا أن يحضره قبل الأجل وفي قبضه ضرر، وإذا أحضر المكفول به وسلَّمه بعد حلول الأجل برئ على الصَّحيح من المذهب.

وعنه:- أي: الإمام أحمد - لا يبرأ حتَّى يتبرَّأ منه، قال ابن أبي موسى: لا يبرأ حتَّى يقول: برئت إليك منه...

وقال بعض الأصحاب منهم المصنِّف - ابن قدامة - والشَّارح: إذا امتنع من تسلُّمه أشهد على امتناعه رجلين وبرئ، وقال القاضي: يرفعه إلى الحاكم فيسلِّمه إليه، فإن لم يجد حاكمًا أشهد شاهدين على إحضاره وامتناع المكفول له من قبوله.

تنبيهٌ: حكم ما إذا أحضره قبل حلول الأجل ولا ضرر في قبضه حكم ما إذا أحضره بعد حلول الأجل خلافًا ومذهبًا على ما تقدَّم.

(٢) بأن اختفى أو غاب وغير ذلك.

(٣) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٧٩: (فإن كان المكفول به غائبًا غيبة تُعْلم غير منقطعةٍ، بأن غاب بموضعٍ معلومٍ أمهل الكفيل بقدر ما يمضي إلى محلِّ المكفول

. . .(١) إن لم يَشترِطِ البراءةَ منه(٢).

ومَن كَفَلَه اثنانِ فسلَّمَه أحدُهما؛ لم يَبرَأِ الآخَرُ(٣)، وإن سلَّم نفسَه بَرِئا(٤).

  

به ويحضره).

(١) أي: ضمن ما عليه من الدَّين أو عوض العين، وكذا إن امتنع الكفيل من إحضاره لزمه ما عليه، أو لم يعلم خبره؛ لقوله ﷺ: «الزَّعيم غارمٌ».

(٢) أي: من الدَّين عند تعذُّر إحضار المكفول؛ لعموم قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم»، وهذا هو المذهب، ومذهب المالكيَّة أنَّه إذا تعذَّر على الكفيل إحضار المكفول به ضمن ما عليه من الحقِّ.

وعند الحنفيَّة، والشَّافعيَّة: الكفيل يحبس إذا لم يحضر المكفول به حتَّى يتبيَّن للقاضي عجزه عن إحضاره، ولا يضمن شيئًا من الحقِّ؛ لأنَّ الكفيل تكفَّل بإحضار البدن، ولم يتكفَّل بإحضار المال. [انظر: تبين الحقائق ٤/١٤٨، بلغة السَّالك ٢/١٦٣، نهاية المحتاج ٤/٤٥٠، المغني ٤/٦١٥].

(٣) في كشَّاف القناع ٣/٣٨١: (لأنَّ إحدى الوثيقتين انحلَّت من غير استيفاءٍ، فلم تنحلَّ الأخرى كما لو أبرأ أحدهما).

(٤) في كشَّاف القناع ٣/٣٨١: (لأنَّه أدَّى ما يلزم الكفيلين لأجله، وهو إحضار نفسه فبرئت ذمَّتهما، وإن كفل واحدٌ غريمًا لاثنين فأبرأ الكفيلَ أحدُهما لم يبرأ الآخر؛ لأنَّ عقد الواحد مع اثنين بمنزلة عقدين).

(بَابُ الحَوَالَةِ)

مُشْتَقَّةٌ مِن التَّحوُّلِ(١)؛ لأنَّها تُحوِّلُ الحقَّ مِن ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ أخرى.

---

(١) الحوالة لغةً: اسمٌ من أحال غريمه إذا أبعده عن نفسه، ووجَّهه إلى غريمٍ آخر، أو من حوَّل الشَّيء تحويلًا إذا نقله من موضعٍ إلى آخر. [انظر: لسان العرب ١١/ ١٩٠، المصباح ١/ ١٩٠].

وفي المغرب ص ١٣٤: (أصل التَّركيب دالٌّ على الزَّوال والنَّقل).

وفي المطلع ص ٢٤٩: (قال ابن فارسٍ: هي من قولك: تحوَّل فلانٌ عن داره إلى مكان كذا وكذا، فكذلك الحقُّ تحوَّل من ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ، وقال صاحب المستوعب: الحوالة مشتقَّةٌ من التَّحوُّل؛ لأنَّها تنقل الحقَّ من ذمَّة المحيل إلى ذمَّة المحال عليه).

وفي الاصطلاح: نقل الدَّين من ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ أخرى.

وهذا باتِّفاق الفقهاء إلَّا ما حكي عن محمَّد بن الحسن: أنَّها نقل المطالبة مع بقاء الدَّين. [انظر: ردَّ المحتار ٤/ ٢٨٨، منح الجليل ٣/ ٢٨٨، أسنى المطالب ٢/ ٢٣٠، شرح المنتهى ٢/ ٢٥٦، كشَّاف القناع ٣/ ٣٧٠].

وهي ثابتةٌ بالسُّنَّة والإجماع والنَّظر:

أمَّا السُّنَّة: فلما روى أبو هريرة ﵁ أنَّ رسول الله ﷺ قال: «مَطْل الغنيِّ ظلمٌ، وإذا أُتْبِع أحدكم على مليءٍ فليتبع»، متَّفقٌ عليه، ولأحمد: «ومن أحيل بحقِّه على مليءٍ فليحتل».

والإجماع منعقدٌ على جوازها. [انظر: الشَّرح الكبير ٥/ ٥٤].

وقال في الإفصاح ١/ ٣٨٣: (واتَّفقوا على براءة ذمَّة المحيل إذا كان للمحيل على المحال عليه دَينٌ، ورضي المحال والمحال عليه).

وأمَّا النَّظر: فالقياس على الكفالة بجامع أنَّ كلًّا من المحال عليه والكفيل

. . . .

قد التزم ما هو أهلٌ لالتزامه، وقادرٌ على تسليمه، وكلاهما لتيسير استيفاء الحقِّ، فلا تمتنع هذه كما لم تمتنع تلك.

واختلف العلماء في حقيقة الحوالة:

فالمذهب، ومذهب الحنفيَّة، والمالكيَّة: أنَّه عقد إرفاقٍ بنفسه، وليست بيعًا، بل تشبه المعاوضة؛ لأنَّها دَينٌ بدَينٍ، وتشبه الاستيفاء لبراءة المحيل بها، ولأنَّ الحوالة لا خيار فيها، ولو كانت بيعًا لدخلها خيار المجلس.

وعند الشَّافعيَّة والظَّاهريَّة: أنَّها بيع دَينٍ بدَينٍ جوِّز لحاجة النَّاس إليها مسامحةً وإرفاقًا؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما ملك بها ما لم يملكه من قبل، فهي مبادلة مالٍ بمالٍ على سبيل التَّمليك، وهذا هو حقيقة البيع). [انظر: المصادر السَّابقة].

وقيل: الحوالة من باب استيفاء الحقِّ، وليست بيعًا، وهذا اختيار ابن تيميَّة وابن القيِّم، وقال شيخ الإسلام في كتابه القياس ص١١: (الحوالة من جنس إيفاء الحقِّ، لا من جنس البيع، فإنَّ صاحب الحقِّ إذا استوفى من المدين ماله كان هذا استيفاءً، فإذا أحاله على غيره كان قد استوفى ذلك الدَّين عن الدَّين الَّذي له في ذمَّة المحيل، ولهذا ذكر النَّبيُّ ﷺ الحوالة في معرض الوفاء، فقال في الحديث الصَّحيح: «مَطْل الغنيِّ ظلمٌ، وإذا أُتْبع أحدكم على مليءٍ فليتبع»، فأمر المدين بالوفاء، ونهاه عن المطل، وبيَّن أنَّه ظالمٌ إذا مَطَل، وأمر الغريم بقبول الوفاء إذا أحيل على مليءٍ، وهذا كقوله تعالى: ﴿فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍۢ﴾، أمر المستحقَّ أن يطالب بالمعروف، وأمر المدين أن يؤدِّي بإحسانٍ، ووفاء الدَّين ليس هو البيع الخاصَّ، وإن كان فيه شوب المعاوضة).

وقال أيضًا: (إنَّ بيع الدَّين بالدَّين ليس فيه نصٌّ عامٌّ ولا إجماعٌ، وإنَّما ورد النَّهي عن بيع الكالئ بالكالئ، وهو المؤخَّر الَّذي لم يقبض بالمؤخَّر الَّذي لم يقبض، وهذا كما لو أسلم شيئًا في الذِّمَّة، وكلاهما مؤخَّرٌ، فهذا لا يجوز بالاتفاق).

وتَنعقِدُ بـ: أَحَلْتُك، وأَتْبَعْتُك بدَيْنِك على فلانٍ، ونحوِه(١).

وثمرة الخلاف بين القول بأنَّها بيعٌ أو أنَّها عقد إرفاقٍ أو استيفاء:

على القول بأنَّها بيعٌ يدخل فيها خيار المجلس، ويصحُّ اشتراط الرَّهن والضَّمان فيها، ولا تصحُّ الحوالة إلَّا إذا كان المحال عليه مدينًا للمحيل.

وعلى القول بأنَّها عقد إرفاقٍ أو استيفاءٍ لا يدخلها شيءٌ من ذلك.

أركان الحوالة:

المحيل: هو المدين.

المحال: هو الدَّائن.

المحال عليه: هو الَّذي قَبِل الحوالة.

واختار الجمهور وجود المحال به، وهو مبلغ الدَّين. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ١٦، المنتقى ٥/ ٦٧، أسنى المطالب ٢/ ٢٣١، الإنصاف ٥/ ٢٢٥].

(١) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٨٣: (وتصحُّ الحوالة بلفظها كأحلتك بدينك على فلانٍ، أو معناها الخاصِّ كأَتْبَعْتُك بدينك على فلانٍ ونحوه؛ لدلالته على المقصود).

فجمهور العلماء: لا يتعيَّن في الصِّيغة لفظ الحوالة، بل يكفي ما يؤدِّي معناها، كنقلت الحقَّ إلى فلانٍ، أو جعلت ما استحقَّه فلانٌ عليَّ لك، أو ملَّكتك الَّذي عليه؛ لأنَّ المعتبر في العقود المعاني والمقاصد.

واختار بعض المالكيَّة، وبعض الشَّافعيَّة اشتراط لفظ الحوالة في الصِّيغة.

مسألةٌ: الحوالة بلفظ البيع:

المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: لا تنعقد الحوالة بلفظ البيع، ولو نوى بذلك الحوالة؛ لأنَّ لفظ البيع ليس صريحًا ولا كنايةً لعقد الحوالة، ولأنَّ الاعتبار في العقود عند الشَّافعيَّة باللَّفظ لا بالمعنى.

واختار بعض الشَّافعيَّة: انعقاد الحوالة بلفظ البيع إن نواها؛ لأنَّ الحوالة من قبيل بيع الدَّين بالدَّين على الصَّحيح من مذهب الشَّافعيَّة، فلم يمنع من انعقادها

و(لَا تَصِحُّ) الحوالةُ (إِلَّا عَلَى دَيْنٍ مُسْتَقِرٍّ)(١)؛ إذ مُقتضاها إلزامُ المُحالِ

بلفظ البيع.

مسألةٌ: اختلف الفقهاء في اعتبار القبول شرطًا في انعقاد الحوالة على قولين:

المذهب: بأنَّ الحوالة تنعقد بمجرَّد إيجاب المحيل، إذا كانت على مليءٍ، ولا تحتاج إلى قبولٍ؛ لأنَّهم لا يرون رضا المحال، ولا يرون رضا المحال عليه.

وعند الجمهور أنَّ الحوالة لا تنعقد إلَّا بإيجابٍ وقبولٍ.

واختلف القائلون باشتراط القبول لانعقاد الحوالة: من المعتبر قبوله؟ على قولين:

القول الأوَّل: يرى الحنفيَّة بأنَّ الحوالة تنعقد بإيجابٍ وقبولٍ صادرين من أطراف الحوالة: المحيل، والمحال، والمحال عليه.

القول الثَّاني: ذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة، وبعض الحنابلة إلى أنَّ الحوالة لا تنعقد إلَّا بإيجابٍ وقبولٍ بين المحيل والمحال فقط دون المحال عليه، وإن اشترط المالكيَّة حضور المحال عليه، وإقراره بالدَّين، إلَّا أنَّهم لا يشترطون رضاه. [انظر: البحر الرَّائق ٦/ ٢٦٨، درر الحكَّام ٢/ ١٥].

(١) مذهب الحنفيَّة، واختاره ابن الماجشون من المالكيَّة: تصحُّ الحوالة وإن كان المحال عليه ليس مدينًا للمحيل، فتصحُّ على الأعيان من مغصوبٍ.

وعند المالكيَّة، والشَّافعيَّة، والحنابلة: يشترط في صحَّة الحوالة: أن يكون المحال عليه مدينًا للمحيل؛ لأنَّ الحوالة معاوضةٌ، ولا معاوضة هنا، وإنَّما هو اقتراضٌ.

وقوله: (مستقرٌّ) المراد بالمستقرِّ: الدَّين الَّذي لا يتطرَّق إليه فسخٌ بتلف مقابله، أو فواته بأيِّ سببٍ كان.

عليه بالدَّيْنِ مطلقًا(١)، وما ليس بمستقِرٍّ عُرضةٌ للسقوطِ(٢)، فلا تصحُّ على مالِ كتابةٍ(٣)، أو سَلَمٍ(٤)، أو صَدَاقٍ قبلَ دخولٍ(٥)، أو ثمنٍ مدةَ خيارٍ، ونحوِها(٦).

---

(١) سواءٌ رضي المحال عليه أو لا، فسخ العقد أو لا.

(٢) وهذا هو المذهب.

وعند الشَّافعيَّة: أنَّ الدَّين غير المستقرِّ في الذِّمَّة نوعان:

الأوَّل: ما يحتمل أن يتطرَّق إليه الانفساخ بسببِ تعذُّر حصوله لانقطاعه وامتناع الاعتياض عنه، وذلك مخصوصٌ بدين السَّلم، وهذا الدَّين لا تصحُّ الحوالة عليه في الأصحِّ عندهم.

الثَّاني: ما يحتمل أن يتطرَّق إليه الانفساخ بسبب تلف مقابله كالمهر قبل الدُّخول وقبل الموت، والأجرة قبل استيفاء المنفعة أو قبل مضيِّ المدَّة، والثَّمن قبل قبض المبيع، وما شاكل ذلك، فهذه ديونٌ غير مستقرَّةٍ تصحُّ الحوالة عليها.

(٣) أي: فلا تصحُّ حوالة سيِّدٍ على مال الكتابة، لعدم استقراره.

(٤) أي: لا تصحُّ الحوالة على مسلَمٍ فيه؛ لعدم استقراره، وتقدَّم في آخر باب السَّلم.

(٥) أي: لا تصحُّ الحوالة على صداقٍ قبل الدُّخول ونحوه ممَّا يقرِّر الصَّداق؛ لعدم استقراره، وتصحُّ بعد الدُّخول.

(٦) في كشَّاف القناع٣/ ٣٨٤: (أو أحال البائع بثمن المبيع على المشتري في مدَّة الخيار، أي: خيار المجلس أو الشَّرط).

وفي حاشية العنقريِّ ٢/ ١٩١: (ونحوها كأجرةٍ قبل استيفاء المنافع إن كانت على عملٍ، وقبل فراغ المدَّة إن كانت على مدَّةٍ).

وعند الشَّافعيَّة: يشترط أن يكون المحال عليه لازمًا، وأرادوا به ما لا يدخله خيارٌ، وألحقوا باللَّازم ما كان آيلًا إلى اللُّزوم كالثَّمن في مدَّة الخيار؛

وإنْ أحالَه على مَنْ لا دَيْنَ عليه فهي وكالةٌ[١].

لأنَّه يؤول إلى اللُّزوم بنفسه والخيار عارضٌ، فيعطى حكم اللُّزوم. [انظر: فتح العزيز ١٠/ ٣٤١، أسنى المطالب ٤/ ٢٣٠].

فرعٌ: الحوالة على الميِّت وعلى تركته:

فأمَّا الحوالة على التَّركة:

فالمذهب: صحَّة الحوالة على تركة الميِّت بشرط أن يكون دَينًا مستقرًّا.

وعند الحنفيَّة، والشَّافعيَّة: لا تصحُّ الحوالة على التَّركة، على خلافٍ بينهم في علَّة المنع، فعلَّة المنع عند الحنفيَّة: كون الشَّخص المحال عليه غير موجودٍ فيها.

وعلَّة المنع عند الشَّافعيَّة: أنَّ الحوالة على التَّركة حوالةٌ على الأعيان، ومن شرط الحوالة أن تكون على دَينٍ.

وأمَّا الحوالة على الميِّت:

فالمذهب، ومذهب المالكيَّة: لا تصحُّ الحوالة على الميِّت؛ لأنَّ ذمَّته قد فاتت.

وعند الشَّافعيَّة: تصحُّ الحوالة على الميِّت؛ لعدم اشتراط رضا المحال عليه. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) فالمذهب، وهو قول الجمهور: يشترط في المحال عليه أن يكون دَينًا ثابتًا في ذمَّة المحال عليه، فلا تصحُّ الحوالة عندهم على عَينٍ سواءٌ أكانت أمانةً أم مضمونةً، زاد الشَّافعيَّة: أو صائرًا إلى اللُّزوم.

فإن أحاله على من لا دَين عليه فهو وكالةٌ بالاقتراض على المذهب.

وعند الشَّافعيَّة: قضاءٌ لدين الغير إن تطوَّع المحال عليه بالأداء.

وقيل: لا يشترط لزوم دين المحال عليه ولا استقراره، وهو أحد الوجهين في مذهب الشَّافعيَّة، وقول بعض الحنابلة.

وأمَّا الحنفيَّة: فلا يشترط عندهم في المحال عليه أن يكون دَينًا، فيصحُّ أن

والحوالةُ على ما لَهُ في الديوانِ أو الوقفِ إذنٌ في الاستيفاءِ(١).

(وَلَا يُعْتَبَرُ اسْتِقْرَارُ المُحَالِ(٢) فِيهِ)(٣)، فإن أحالَ المكاتَبُ سيدَه(٤) أو الزوجُ زوجتَه(٥)؛ صحَّ؛ لأنَّ له تسليمَه، وحوالتُه تَقومُ مَقامَ تسليمِه.

(وَيُشْتَرَطُ) أيضًا للحوالةِ (اتِّفَاقُ الدَّيْنَيْنِ)، أي: تماثُلُهما، (جِنْسًا)؛ كدنانيرَ بدنانيرَ، أو دراهِمَ بدراهِمَ، فإنْ أحالَ مَن عليه ذهبٌ بفضةٍ أو عكسُه؛

يكون دَينًا أو عَينًا. [انظر: تبيين الحقائق ٤/ ١٧٣، شرح الخرشيِّ ٦/ ١٧، أسنى المطالب ٢/ ٢٣١، كشَّاف القناع ٣/ ٣٧٢، وأحكام الحوالة ص٣٢١].

(١) مثاله: حوالة ناظر وقف بعض المستحقِّين على من عنده شيءٌ من ريع الوقف، كأجرةٍ وخَراجٍ، فإنَّه إذنٌ في الاستيفاء، وليس حوالةً، فله اختيار الرُّجوع ومطالبة النَّاظر.

(٢) باتِّفاق الأئمَّة الأربعة يشترط أن يكون المحال به دَينًا، فلا تصحُّ الحوالة بالأعيان القائمة؛ لأنَّها لا تثبت في الذِّمَّة.

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكيَّة؛ لأنَّ الحوالة به بمنزلة وفائه، ويصحُّ الوفاء قبل الاستقرار.

وعند الحنفيَّة، والشَّافعيَّة، يشترط أن يكون لازمًا، واللَّازم عند الحنفيَّة: هو الَّذي لا يسقط إلَّا بالأداء أو الإبراء.

وعند الشَّافعيَّة: اللَّازم ما لا يدخله خيارٌ، وألحقوا باللَّازم ما كان آيلًا للُّزوم كالثَّمن في مدَّة الخيار. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٤) صحَّت الحوالة بمال المكاتب على المذهب، وبرئت ذمَّة المكاتب بالحوالة، ويكون ذلك بمنزلة القبض.

(٥) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٨٤: (أو أحال الزَّوج امرأته بالصَّداق قبل الدُّخول، أو أحال المشتري البائع بثمن المبيع في مدَّة الخيارين صحَّ ذلك؛ لأنَّ المدين له تسليم الدَّين قبل استقراره، وحوالته به تقوم مقام تسليمه).

لم يصحَّ[١]، (وَوَصْفًا)؛ كصِحَاحٍ بصِحَاحٍ، أو مصريَّةٍ بمثلِها، فإن اختلفا لم يصحَّ[٢]، (وَوَقْتًا)، أي: حلولًا أو تأجيلًا أجلًا واحدًا، فلو كان أحدُهما حالًّا والآخرُ مؤجَّلًا، أو أحدُهما يَحِلُّ بعدَ شهرٍ والآخَرُ بعدَ شهرين؛ .....

---

(١) يشترط تماثل الدَّينين في الجنس، فيحيل المدين بالذَّهب على ذهبٍ مثلِه، والمدين بالفضَّة على فضَّةٍ مثلِها.

وهذا مذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة، والحنابلة؛ لأنَّ الحوالة عقد إرفاقٍ لا يراد للمعاوضة، والحوالة لا تقوم على استبدال الدَّين، وإنَّما على تحويله وانتقاله، وهذا صحيحٌ.

(٢) المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: يشترط تساوي الدَّينين في الصِّفة.

وعند بعض الشَّافعيَّة: لا يشترط التَّساوي في الصِّفة إذا كان التَّفاوت لمصلحة المحال؛ لأنَّ المحيل متبرِّعٌ بالزِّيادة على سبيل إحسان القضاء.

وعند الحنفيَّة: لا تشترط المماثلة بالكلِّيَّة.

جاء في أسنى المطالب ٢/ ٢٣١: (لأنَّ الحوالة ليست على حقيقة المعاوضات، وإنَّما هي معاوضة إرفاقٍ جوِّزت للحاجة، فاعتبر فيها الاتِّفاق كما في القرض)، وفي شرح المنتهى ٢/ ٢٥٦: (لأنَّها عقد إرفاقٍ كالقرض، فلو جوِّزت مع الاختلاف لصار المطلوب منها الفضل، فتخرج عن موضوعها).

وعند المالكيَّة: يمنع التَّحوُّل على الأعلى صفةً قولًا واحدًا، وأمَّا التَّحوُّل على الأدنى صفةً ففيه خلافٌ عندهم بين الجواز والمنع.

ومحلُّ المنع عندهم: إذا لم يحصل القبض بين المحال والمحال عليه قبل التَّفرُّق؛ لأنَّه موافقٌ لمقتضى عقد الحوالة بكونها عقد إرفاقٍ وإحسانٍ، فإذا أحاله بالأعلى على الأدنى والأقلِّ جودةً، كان هذا زيادةً في المعروف. [انظر: المصادر السَّابقة].

والأقرب: اعتبار المماثلة في الجنس فقط؛ لأنَّ عقد الحوالة عقد إرفاقٍ.

لم تصحَّ[١]، (وَقَدْرًا)، فلا يصحُّ بخمسةٍ على ستةٍ؛ لأنَّها إرفاقٌ كالقرضِ، فلو جُوِّزَت مع الاختلافِ لصارَ المطلوبُ منها الفَضْلَ، فتَخرُجُ عن موضوعِها[٢].

---

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: يشترط التَّساوي في الحلول والأجل؛ لأنَّه إذا أحاله بحالٍّ على مؤجَّلٍ فإنَّ هذا يعني تأجيل الحالِّ، والحالُّ لا يتأجَّل. [انظر: المصادر السَّابقة].

وعند المالكيَّة: يشترط حلول الدَّين المحال به، وأمَّا الدَّين المحال عليه فيصحُّ مؤجَّلًا ومعجَّلًا، فإن كان الدَّين المحال به غير حالٍّ فلا تجوز إلَّا أن يكون الدَّين الَّذي ينتقل إليه حالًّا، ويقبض ذلك مكانه قبل أن يفترقا مثل الصَّرف فيجوز؛ لأنَّه إذا كان الدَّين المحال به مؤجَّلًا، وكان الدَّين المحال عليه مؤجَّلًا، كان هذا الوقوع في بيع الدَّين بالدَّين، وهذا لا يجوز. [انظر: الخرشيَّ على خليلٍ ٤/ ٢٣٤، والمعاملات الماليَّة ١٠/ ٥٨١].

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف، وتقدَّم عن الحنفيَّة: عدم اشتراط التَّماثل.

وعند المالكيَّة: يمنع التَّحوُّل على الأكثر قدرًا قولًا واحدًا، وأمَّا التَّحوُّل على الأقلِّ قدرًا ففيه خلافٌ عندهم بين الصِّحَّة وعدمها.

ومحلُّ المنع عند المالكيَّة: إذا لم يحصل قبضٌ بين المحال والمحال عليه قبل التَّفرُّق.

ولا خلاف عند المالكيَّة في صحَّة الحوالة مع التَّفاوت في القدر إذا وقعت بلفظ الإبراء من الزِّيادة والحوالة بالباقي، كما لو قال الدَّائن بألفٍ: أبرأتك من ثلاثمائةٍ، وأحلني على مدينك فلانٍ بالباقي.

وفي وجهٍ عند الشَّافعيَّة: تجوز الحوالة بالقليل على الكثير؛ لأنَّها عقد إرفاقٍ، وهو الصَّواب، وكذا العكس؛ لعدم المحذور. [انظر: شرح الخرشيِّ

(وَلَا يُؤَثِّرُ الفَاضِلُ) في بطلانِ الحوالةِ، فلو أحال بخمسةٍ مِن عشرةٍ على خمسةٍ، أو بخمسةٍ على خمسةٍ مِن عشرةٍ؛ صحَّت؛ لاتفاقِ ما وَقَعَت فيه الحوالةُ، والفاضِلُ باقٍ بحالِه لربِّه.

(وَإِذَا صَحَّتِ) الحوالةُ، بأن اجتمعت شروطُها؛ (نُقِلَ الحَقُّ إِلَى ذِمَّةِ المُحَالِ عَلَيْهِ، وَبَرِئَ المُحِيلُ)(١) بمجرَّدِ الحوالةِ، فلا يَملِكُ المحتالُ الرجوعَ

٤/ ٢٣٥، نهاية المحتاج ٤/ ٤١٢، البجيرميّ على المنهج ٣/ ٢٢، الإنصاف ٥/ ٢٢٧].

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة؛ لقوله ﷺ: «وإذا أُتْبع أحدكم على مليءٍ فليتبع»، متَّفقٌ عليه، وهذا من غير فصلٍ بين توًى وغيره، ولا يوجد مخصِّصٌ لهذا العموم.

ولما ورد أنَّ حَزْنًا جدَّ سعيد بن المسيِّب كان له على عليٍّ ﵁ دَينٌ، فأحاله به، فمات المحال عليه فأخبره، فقال: «اخترت علينا، أبعدك الله». رواه ابن حزمٍ ٨/ ١٠٩.

وعند المالكيَّة: بمجرَّد الحوالة يتحوَّل الدَّين إلى ذمَّة المحال عليه، وتبرأ ذمَّة المحيل نهائيًّا، فلا رجوع على المحال بسبب فلس المحال عليه، ولو كان هذا الفلس قائمًا عند الحوالة، ولا بجحده للدَّين بعد الحوالة، إلَّا إذا شرط المحال الرُّجوع عند العجز عن الوصول إلى الحقِّ فله شرطه؛ إذ المسلمون عند شروطهم، وكذا إذا غرَّ المحيل المحال بأن علم أو ظنَّ ظنًّا قويًّا فقر المحال عليه فكتمه عن المحال؛ لأنَّه بمنزل البائع يدلِّس عيب المبيع.

وعند الحنفيَّة: للمحال الرُّجوع على المحيل في حالة التَّوى، والتَّوى: عجز المحال من الوصول إلى حقِّه من طريق المحال عليه؛ كموت المحال عليه، أو جحده، أو تفليس القاضي له؛ لما روى عن عثمان ﵁ في المحال عليه إذا مات مفلسًا: «إنَّه يعود الدَّين إلى ذمَّة المحيل، وقال: ليس على امرئٍ مسلمٍ

على المحيلِ بحالٍ، سواءٌ أمكن استيفاءُ الحقِّ أو تعذَّر لِمَطْلٍ أو فَلَسٍ أو موتٍ أو غيرِها(١).

وإن تراضى المحتالُ والمحالُ عليه على خيرٍ مِن الحقِّ، أو دونِهِ في

توًى»، رواه البيهقيُّ ٦/ ٧١، وضعَّفه.

وعلَّلوا: أنَّ المقصود بالحوالة أن ينوب الثَّاني عن الأوَّل في الإيفاء، لا مجرَّد نقل الوجوب من ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ، إذ الذِّمم لا تتفاوت في أصل الوجوب، هذا ما تعارفه النَّاس، وما تعارفوه فهو كالمشروط، نظير ذلك أن يهلك المبيع قبل قبضه، أو يخرج مستحَقًّا، أو به عيبٌ. [انظر: فتح القدير ٥/ ٤٤٨، تبيين الحقائق ٤/ ١٧٢، شرح الخرشيِّ ٤/ ٢٣٦، مغني المحتاج ٢/ ١٦٩، الإنصاف ٥/ ٢٢٩].

(١) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٨٦: (فلا رجوع له على المحيل، ولو مات المحال عليه، أو أفلس، أو جحد بعد ذلك)، ويأتي قول المؤلِّف: (وإن كان المحال عليه مفلسًا...).

فرعٌ: موت المحيل: جمهور الفقهاء: أنَّ الحوالة إذا تمَّت بشروطها فقد برئ المحيل ولو مات؛ لأنَّ الموت لا يوجب فسخ العقود اللَّازمة الَّتي تمَّت في حال الحياة كالبيع، لكن عند أبي حنيفة: تنفسخ الحوالة المقيَّدة بموت المحيل، فالحوالة مطلقةٌ، ومقيَّدةٌ، فالمطلقة: أن يحيل بالدَّين على فلانٍ، ولا يقيِّده بالدَّين الَّذي عليه، والمقيَّدة أن يقيِّده بذلك.

* موت المحال عليه: ذهب عامَّة العلماء إلى أنَّ الحوالة لا تنتهي بموت المحال عليه، واستثنى الحنفيَّة: ما إذا مات المحال عليه مفلسًا، ولم يترك كفيلًا، فإنَّ الحوالة تنتهي ويرجع المحال على المحيل.

* موت المحال: لا تبطل الحوالة بموت المحال، وإنَّما يقوم وارثه مقامه في مطالبة المحال عليه بالدَّين الَّذي لمورِّثهم.

الصِّفةِ، أو تعجيلِه، أو تأجيلِه، أو عوضِه؛ جاز[١].

(وَيُعْتَبَرُ) لصحَّةِ الحوالةِ (رِضَاهُ)[٢]، أي: رضا المحيلِ؛ لأنَّ الحقَّ عليه، فلا يلزَمُه أداؤه مِن جهةِ الدَّيْنِ على المحالِ عليه.

ويُعتبرُ أيضًا: عِلْمُ المال، وأن يكونَ مما يثبُتُ مثلُه في الذِّمةِ[٣] بالإتلافِ، مِن الأثمانِ والحبوبِ ونحوِها[٤].

و(لَا) يُعتبَرُ (رِضَا المُحَالِ عَلَيْهِ)؛ لأنَّ للمحيلِ أن يستوفِيَ الحقَّ بنفسِه

---

(١) وقد نصَّ على ذلك الحنفيَّة، والحنابلة، وإن كان العوضان يجري بينهما ربا النَّسيئة وجب التَّقابض في المجلس. [انظر: المبسوط ٢٠/ ٤٧، الفروع ٢/ ٦٢٦، مطالب أُولي النُّهى ٣/ ٣٢٥].

(٢) وهذا هو المذهب، وقولٌ للحنفيَّة، وهو مذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف، ولأنَّه مخيَّرٌ في قضاء الدَّين فلا تتعيَّن عليه جهةٌ قهرًا.

وعند الحنفيَّة في قولٍ لهم: أنَّه لا يشترط رضا المحيل؛ لعدم ضرر المحيل. [انظر: فتح القدير ٥/ ٤٤٤، حاشية ابن عابدين ٤/ ٢٨٩، والخرشيَّ على خليلٍ ٤/ ٢٣٢، مغني المحتاج ٢/ ١٩٢، كشَّاف القناع ٣/ ٣٨٦].

(٣) لا خلاف بين الفقهاء في صحَّة الحوالة بالدَّين، أو الحوالة عليه إن كان مثليًّا، وعند جمهور أهل العلم: تصحُّ الحوالة بالدَّين القِيميِّ، أو الحوالة عليه إذا كان يضبط بالصِّفة كالمسلم فيه؛ لأنَّ ما لَهُ صفةٌ ضابطةٌ اكتفي بذلك.

وعند بعض الشَّافعيَّة: يشترط كون المحال، أو المحال عليه مثليًّا.

وعند بعض الشَّافعيَّة أيضًا: اشتراط الثَّمنيَّة. [انظر: بداية المجتهد ٢/ ٢٩٩، نهاية المحتاج ٤/ ٤١١، مغني المحتاج ٢/ ١٩٤، كشَّاف القناع ٣/ ٣٨٦].

(٤) ممَّا يصحُّ السَّلم فيه كالمعدود والمذروع.

وبوكيلِه، وقد أقام المحتالَ مُقامَ نفسِه في القبضِ، فلزِمَ المحالَ عليه الدَّفعُ إليه[١].

(وَلَا رِضَا المُحْتَالِ) إنْ أُحيل (عَلَى مَلِيءٍ)[٢]، ويُجبرُ على اتِّباعِه؛

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: أنَّه لا يشترط رضا المحال عليه؛ لما علَّل به المؤلِّف، ولحديث أبي هريرة ﷺ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «مَطْل الغنيِّ ظلمٌ، وإذا أُتبع أحدكم على مليءٍ فليتبع»، متَّفقٌ عليه، ولم يقل ﷺ: على مليءٍ راضٍ.

وعند الحنفيَّة: يشترط رضا المحال عليه؛ لأنَّ النَّاس يتفاوتون في تقاضي ديونهم رفقًا وعنفًا، ويسرًا وعسرًا، فلا يلزم من ذلك بما لم يلتزمه. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٢) وهذا هو المذهب: أنَّه لا يعتبر رضا المحال إذا أحيل على مليءٍ؛ لما استدلَّ به المؤلِّف.

ولأنَّ للمحيل أن يوفي الحقَّ الَّذي عليه بنفسه وبوكيله، وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في التَّقبيض فلزم المحال القبول، كما لو وكَّل رجلًا في إيفائه.

وعند جمهور أهل العلم: اشتراط رضا المحال؛ لأنَّ الدَّين حقُّه فلا ينتقل من ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ إلَّا برضاه؛ إذ الذِّمم تتفاوت يسارًا وإعسارًا، وبذلًا ومطلًا، وتتأثَّر بذلك قيمة الدَّين، ولا سبيل إلى إلزامه بتحمُّل ضررٍ لم يلتزمه.

واشترط أبو حنيفة: أن يكون رضا المحال في مجلس العقد، فلو كان غائبًا عن مجلس العقد وبلغه خبر الحوالة فأجازها لم تنفذ؛ لأنَّها لم تنعقد أصلًا؛ إذ إنَّ رضا المحال عنده ركنٌ، وعند أبي يوسف ليس بشرطٍ. [انظر: فتح القدير ٥/ ٤٤٤، شرح الخرشيِّ على مختصر خليلٍ ٤/ ٢٣٢، المهذَّب ١/ ٣٣٧، الفروع ٣/ ٦٢٦، قواعد ابن رجبٍ ص ٣٢، الإنصاف ٥/ ٢٢٨، وأحكام الحوالة ص٢٢٢].

والمذهب، وهو قولٌ للمالكيَّة: يشترط ملاءة المحال عليه إذا أجبر المحال

لحديثِ أبي هريرةَ يرفعُه: «مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ»[(١)]، متفقٌ عليه[(٢)]، ....

على الحوالة.

ولم يشترط الحنفيَّة والشَّافعيَّة ملاءة المحال عليه، وتقدَّم أنَّهم يشترطون رضا المحال. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) واختلف العلماء: هل الأمر للوجوب أو للنَّدب أو للإباحة؟ على ثلاثة أقوالٍ:

القول الأوَّل: الأمر للإباحة، وهو مذهب الحنفيَّة، واختاره بعض المالكيَّة، وبعض الشَّافعيَّة؛ لأنَّ الأصل في المعاوضات الإباحة، فكذلك نقل الحقِّ من ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ أخرى مباحٌ مثله.

القول الثَّاني: الأمر في الحديث للاستحباب، وهذا مذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة، وروايةٌ عن أحمد، والصَّارف عن الوجوب إلى النَّدب: أنَّه راجعٌ إلى مصلحةٍ دنيويَّةٍ لما فيه من الإحسان إلى المحيل بتحصيل مقصوده من تحويل الحقِّ عنه، والإحسان مستحبٌّ، ولأنَّ الحوالة مستثناةٌ من منهيٍّ عنه، وهو بيع الدَّين بالدَّين، والأمر بعد النَّهي للإباحة والنَّدب على المرجَّح في الأصول.

القول الثَّالث: الأمر في الحديث للوجوب، وهو المشهور من مذهب الحنابلة، وهو مذهب الظَّاهريَّة، وبه قال أبو ثورٍ؛ لأنَّ الأصل في الأمر الوجوب، ولأنَّ للمحيل أن يوفِّي الحقَّ الَّذي عليه بنفسه أو بوكيله، وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في التَّقبيض، فلزم المحال القبول. [فتح القدير ٧/ ٢٣٩ المنتقى ٥/ ٦٦، إكمال المعْلِم ٥/ ٢٣٤، المغني ٤/ ٣٣٩، المعاملات الماليَّة ١٠/ ٣٢١].

(٢) رواه البخاري (٢٢٨٧)، ومسلم (١٦٥٤).

وفي لفظٍ: «مَنْ أُحِيلَ بِحَقِّهِ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَحْتَلْ»[١].

والمليءُ: القادِرُ بمالِه وقولِه وبدنِه، فمالُهُ: القدرةُ على الوفاءِ، وقولُهُ: أن لا يكونَ مماطِلًا، وبدنُهُ: إمكانُ حضورِه إلى مجلسِ الحكمِ. قاله الزركشيُّ[٢].

(وَإِنْ كَانَ) المحالُ عليه (مُفْلِسًا[٣]، وَلَمْ يَكُنِ) المحتالُ ....

(١) رواه أحمد (٩٩٧٣)، دون قوله: «بحقه»، وهو بإسناد الشيخين.

(٢) وتبعه أكثر الأصحاب، وعلى هذا:

فلا يصحُّ أن يحيل ولدٌ على أبيه إلَّا برضا الأب؛ لأنَّه لا يملك مطالبة أبيه، قال ابن نصر الله: هذه المسألة لم يذكرها أحدٌ ممَّن تقدَّم من الأصحاب، وظاهره صحَّة الحوالة على أمِّه ولو بغير رضاها.

وأيضًا: لا يلزم قبول الحوالة على أبيه.

ولا يلزم قبول الحوالة على من في غير بلده.

ولا يلزم قبول الحوالة على ذي شوكةٍ. [انظر: مطالب أُولي النُّهى ٣/ ٣٢٧].

ومتى لم يكن المحال عليه قادرًا بماله، وقوله، وبدنه لم يلزم الاحتيال عليه؛ لما في ذلك من الضَّرر على المحال.

(٣) أي: غير قادرٍ على الوفاء بماله، أو كان مماطلًا، أو بان ميِّتًا.

في الذَّخيرة ٩/ ٢٥٠: (أنَّه ﷺ اعتبر وصف الملاءة، مع جواز الحوالة على المعسر إجماعًا).

وقال ابن حزمٍ ٧/ ١٢٢: لا تصحُّ الحوالة إلَّا على مليءٍ بنصِّ الخبر.

* إن كان المحال عالـمًا بإفلاس المحال عليه، فلا حقَّ له في الرُّجوع؛ لأنَّه بمنزلة من يشتري معيبًا عالـمًا بعيبه، ويرضى بذلك.

وإن كان لا يعلم بأنَّه مفلسٌ، فقد اختلف العلماء في ذلك على أقوالٍ، منها:

. . . .

فالمذهب: المحال إن ظنَّ أنَّ المحال عليه مليءٌ أو جهل ملاءته، فبان مفلسًا، فإمَّا أن يكون المحال قد رضي بالحوالة أو لا، فإن كان لم يرض بالحوالة رجع على المحيل، وإن كان المحال قد رضي بالحوالة مع الجهل بحاله، ففيه روايتان: المشهور: لا يرجع على المحيل إلَّا إن كان شرط عليه ملاءة المحال عليه؛ لما علَّل به المؤلِّف، ولأنَّ المحيل لا يملك إلزام المحال عليه بالحوالة إلَّا إذا كان المحال عليه مليئًا لقوله ﷺ في الحديث: «ومن أحيل على مليءٍ فليتبع».

وعند أبي حنيفة: المحال لا يرجع إلَّا إن مات المحال عليه مفلسًا، ولم يترك مالًا، ولا دَينًا، ولا كفيلًا؛ لأنَّ إفلاس المحال عليه وهو حيٌّ لا يكفي للرُّجوع على المحيل؛ لأنَّه عجزٌ يتوهَّم ارتفاعه بحدوث المال، بخلاف ما إذا مات مفلسًا فإنَّه عجزٌ لا يتوهَّم ارتفاعه.

ولما روى أبو إياسٍ عن عثمان بن عفَّان رضي الله عنه قال: «ليس على مال امرئٍ مسلِمٍ توًى، يعني حوالةً»، رواه البيهقيُّ في السُّنن ٦/ ٧١، وهو ضعيفٌ؛ إياسٌ لم يسمع من عثمان رضي الله عنه، فمعنى توى: هلك.

ونوقش: بأنَّه ضعيفٌ، ولأنَّه لم يقل: (يعني حوالةً) إلَّا أبو الوليد، وقد رواه عن شعبة مطلقًا ليس فيه: (يعني حوالةً)، وعلى افتراض ثبوته فهو مخالفٌ لما روي عن عليٍّ في قصَّة حَزْنٍ جدِّ سعيد بن المسيِّب.

ولأنَّ الأصل أنَّ الدَّين لا يسقط إلَّا بالقضاء، وأُلْحِقَ الإبراء بالقضاء في السُّقوط، والحوالة ليست بقضاءٍ ولا إبراءٍ، فبقي الدَّين في ذمَّته على ما كان قبل الحوالة.

وعند المالكيَّة: المحال لا يرجع إلَّا إن غرَّه المحيل بأن كان يعلم بإفلاسه، ولم يبيِّن للمحال، أمَّا إذا كان لا يعلم بإفلاسه وقت الإحالة، أو تجدَّد له الإفلاس فلا رجوع، وأدلَّتهم هي أدلَّة الشَّافعيَّة الآتية، إلَّا أنَّهم قالوا: إن كان

....

المحيل يعلم إفلاس المحال عليه، ولم يخبر المحال فإنَّ له الرُّجوع؛ لأنَّ هذا خداعٌ وتغريرٌ منه للمحال بمنزلة البائع يدلِّس عيب المبيع.

وعند الشَّافعيَّة: المحال لا يملك الرُّجوع على المحيل مطلقًا إذا تمَّت الحوالة، سواءٌ كان الفلس قبل الحوالة أم بعدها، سواءٌ غرَّه أم لم يغرَّه، وسواءٌ اشترط عليه ملاءته أم لم يشترط؛ لأنَّ الحوالة إمَّا أن يتحوَّل بها الحقُّ عن المحيل أو لا يتحوَّل، فإن تحوَّل فقد برئت ذمَّته، فوجب ألَّا يعود إليه، كما لو أبرأه، وإن لم يتحوَّل فلتدم المطالبة كما في الضَّمان، ولأنَّ قوله ﷺ: «إذا أُتْبع أحدكم على مليءٍ فليتبع» فلو كان له الرُّجوع لما كان لاشتراط الملاءة فائدةٌ؛ لأنَّه إن لم يصل إلى حقِّه رجع، فلمَّا شرط الملاءة علم أنَّ الحقَّ قد انتقل بها انتقالًا لا رجوع له فيه، فاشترط الملاءة حراسةً لحقِّه؛ ولأنَّ تعذُّر استيفاء الحقِّ من المحال عليه لا يوجب فسخ الحوالة، كما لو أفلس حيًّا. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ١٨، شرح الخرشيِّ ٦/ ١٩، الحاوي الكبير ٦/ ٤٢١، الإنصاف ٥/ ٢٢٨، المعاملات الماليَّة / ٤٥٣].

مسألةٌ: رجوع المحال لجحود المحال عليه:

إذا جحد المحال عليه الحوالة، ولم يكن هناك بيِّنةٌ للمحال ولا للمحيل، فهل يرجع المحال على المحيل؟

المذهب: لا يرجع المحال إذا جحد المحال عليه الحوالة، إن كان المحال يعلم الدَّين، أو صدَّق المحال المحيل، أو ثبت الدَّين ببيِّنةٍ ثمَّ ماتت، أو أقرَّ المحال عليه أوَّلًا ثمَّ أنكر، وإلَّا فلا يقبل قول محيلٍ بمجرَّده فلا يبرأ بها.

وعند الحنفيَّة: إذا جحد المحال عليه الحوالة، وحلف ولم يكن بيِّنةٌ، فإنَّ المحال يرجع إلى المحيل؛ لما روي عن عثمان أنَّه قال في الحوالة: «يرجع، ليس على مسلمٍ تَوًى»، رواه ابن أبي شيبة ٤/ ٣٣٠، ومعنى توى: هلك، فإذا جحد المحال عليه الدَّين وحلف ولم يكن هناك بيِّنةٌ ثبت عجز المحال عن

(رَضِيَ) بالحوالةِ عليه[١]؛ (رَجَعَ بِهِ)، أي: بدينِه على المحيلِ[٢]؛ لأنَّ الفلسَ عَيبٌ، ولم يرضَ به، فاستحَقَّ الرجوعَ كالمبيعِ المعيبِ[٣].

فإن رضِي بالحوالةِ عليه فلا رجوعَ له إن لم يَشترِطِ الملاءةَ؛ لتفريطِه[٤].

الوصول إلى حقِّه عن طريق المحال عليه، وهذا هو التَّوى المذكور في الأثر.

وعند المالكيَّة: لا يرجع إلَّا إذا كان المحيل يعلم جحود المحال عليه، ولم يخبر المحال، وهو نفس قولهم في الحوالة على المفلس؛ لأنَّ الجحد مقيسٌ على الإفلاس.

وعند الشَّافعيَّة: إذا جحد المحال عليه الحوالة وحلف لم يكن للمحال الرُّجوع على المحيل؛ لأنَّ الحوالة إذا تمَّت فإنَّ ذلك يعني انتقال الدَّين وبراءة المحيل، فلا يرجع إليه بحالٍ حتَّى لو أفلس، أو جحد لم يكن له الرُّجوع، كما لو أخذ عوضًا عن الدَّين ثمَّ تلف العوض في يده. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) أي: على المحال عليه لفَلَسه، أو موته، أو جحده، أو مَطْله.

(٢) ولا يجبر على اتِّباعه؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ إنَّما أمر بالحوالة على مليءٍ. [انظر: المغني ٧/ ٦٢].

(٣) وفي المغني ٧/ ٦٢: (أمَّا إذا لم يرض المحتال بالحوالة، ثمَّ بان المحال عليه مفلسًا أو ميِّتًا رجع على المحيل بغير خلافٍ).

(٤) في الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٣/ ١٠٦: (لو رضي بالحوالة ولم يشترط اليسار وجهله، أو ظنَّه مليئًا فبان مفلسًا برئ المحيل على الصَّحيح من المذهب، ويحتمل أن يرجع، وهو روايةٌ عن أحمد) اهـ.

وفي الشَّرح الكبير: (ويحتمل أن يرجع؛ لأنَّ الفَلَس عيبٌ في الذِّمَّة، فأشبه ما لو اشترى شيئًا يظنُّه سليمًا فبان معيبًا).

مسألةٌ: اشتراط حضور المحال مجلس الحوالة:

المذهب، وهو قول أبي يوسف: لا يشترط.

(**وَمَنْ أُحِيلَ بِثَمَنِ مَبِيعٍ**)؛ بأن أحال المشتري البائعَ به على مَن له عليه دَينٌ، فبان البيعُ باطلًا؛ فلا حوالةَ[١]، (**أَوْ أُحِيلَ بِهِ**)، أي: بالثمنِ (**عَلَيْهِ**) بأن أحال البائعُ على المشتري مدِينَه بالثمنِ، (**فَبَانَ الْبَيْعُ بَاطِلًا**)، بأن بان المبيعُ مستَحَقًّا أو حرًّا أو خمرًا؛ (**فَلَا حَوَالَةَ**)[٢]؛ لظهورِ أنْ لا ثمنَ على المشتري لبطلانِ البيعِ، والحوالةُ فرعٌ على لُزومِ الثمنِ[٣]، ويَبقى الحقُّ على ما كان عليه أوَّلًا[٤].

وعند أبي حنيفة، ومحمَّد بن الحسن: يشترط حضور المحال مجلس الحوالة.

وأمَّا اشتراط حضور المحال عليه:

المذهب، ومذهب الحنفيَّة: لا يشترط حضوره؛ لأنَّ الحوالة ليست بيعًا، وإنَّما هي عقد إرفاقٍ، ولأنَّ رضاه غير معتبرٍ، فلا يشترط حضوره.

وعند المالكيَّة: يشترط حضوره؛ لاحتمال أن يُبدِيَ مطعنًا في البيِّنة إذا حضر، أو يثبت براءته من الدَّين ببيِّنةٍ على الدَّفع، أو على إقراره به.

ولأنَّ الحوالة من قبيل بيع الدَّين بالدَّين، فيشترط فيها شروطه. [انظر: حاشية ابن عابدين ٥/ ٣٤٢، البهجة في شرح التُّحفة ٢/ ٩٣، مطالب أُولي النُّهى ٣/ ٣٢٨، المعاملات الماليَّة ١٠/ ٥٤١].

(١) في الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٣/ ١٠٧: (بلا نزاعٍ).

(٢) في الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٣/ ١٠٧: (بلا نزاعٍ)، وهو قول جمهور أهل العلم خلافًا لابن القاسم.

(٣) فيبطل؛ لبطلان أصله.

(٤) فيرجع مشترٍ على من كان دَينه عليه في المسألة الأولى، وعلى محالٍ عليه في الثَّانية لا على بائعٍ؛ لأنَّ الحوالة لـمَّا بطلت وجب الحقُّ على ما كان بإلغاء الحوالة.

(**وَإِذَا فُسِخَ البَيْعُ**) بتقايلٍ، أو خيارِ عيبٍ، أو نحوِه[١]؛ (**لَمْ تَبْطُلِ**)[٢] الحوالةُ؛ لأنَّ عقدَ البيعِ لم يَرتفِعْ، فلم يَسقُطِ الثمنُ، فلم تَبطُلِ الحوالةُ، وللمشتري الرجوعُ على البائعِ؛ لأنَّه لمَّا ردَّ المعوَّضَ استحَقَّ الرجوعَ بالعِوضِ[٣].

(**وَلَهُمَا أَنْ يُحِيلَا**[٤])، أي: للبائعِ أن يحيلَ المشتريَ على مَن أحالَه المشتري عليه في الصورةِ الأولى[٥]، وللمشتري أن يحيلَ المحتالَ عليه على البائعِ في الثانيةِ[٦].

---

(١) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٨٨: (وإن فسخ البيع بعيبٍ أو تدليسٍ ونحوه، أو إقالةٍ، أو خيارٍ، أو انفسخ النِّكاح بعد الحوالة بالصَّداق بما يسقطه أو ينصِّفه ونحوه كإجارةٍ بعد الحوالة بإجارتها بعد قبض المحتال مال الحوالة لم تبطل الحوالة).

(٢) المذهب، ومذهب الحنفيَّة: لا تبطل إن فسخ البيع بسبب عيبٍ ونحوه؛ لأنَّ البيع لم يرتفع من أصله، فلم يسقط الثَّمن.

وعند الشَّافعيَّة: تبطل الحوالة في الحالَين: سواءٌ بطل البيع أو فسخ؛ لأنَّ الثَّمن في الحالين لا يستحقُّه المحيل على المحال عليه سواءٌ كان ذلك بسبب فسخٍ، أو بطلانٍ.

(٣) والرُّجوع في عينه متعذِّرٌ للزوم الحوالة فوجب في بدله، وإذا لزم البدل وجب على البائع؛ لأنَّه هو الَّذي انتفع بمبدله.

(٤) أي: في صورة فسخ البيع. [انظر: حاشية العنقريِّ ٢/ ١٩٥].

(٥) وهي ما إذا كان المشتري أحال البائع؛ لأنَّ دين البائع ثابتٌ على من أحاله المشتري، فصحَّت الحوالة عليه كسائر الحقوق. [انظر: المصدر السَّابق].

(٦) وهي ما إذا كان البائع أحال المشتري بالثَّمن؛ لاستقرار الدَّين عليه كما تقدَّم. [انظر: المصدر السَّابق].

وإذا اختلَفا فقال: أحلتُكَ، قال: بل وكَّلْتَنِي، أو بالعكسِ[١]؛ فقولُ مدَّعِي الوكالةِ[٢].

وإن اتَّفقا على: أحلتُكَ، أو أحلتُكَ بدَيْنِي، وادَّعى أحدُهما إرادةَ الوكالةِ؛ صُدِّقَ[٣].

وإن اتَّفقا على: أحلتُكَ بدَيْنِكَ؛ فقولُ مدَّعي الحوالةِ[٤].

---

(١) بأن قال: وكَّلتك، فقال: بل أحلتني.

(٢) هذا هو المذهب؛ لأنَّه يدَّعي بقاء الحقِّ على ما كان، وينكر انتقاله، والأصل معه.

واختار القاضي: أنَّ القول قول مدَّعي الحوالة.

وإن كان لأحدهما بيِّنةٌ حكم بها؛ لأنَّ اختلافهما في اللَّفظ، وهو ممَّا يمكن إقامة البيِّنة عليه. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ١١٢].

(٣) وهذا هو المذهب؛ لأنَّ الأصل بقاء حقِّ المحيل على المحال عليه، والمحتال يدَّعي نقله، والمحيل ينكره.

والوجه الثَّاني: أنَّ القول قول مدَّعي الحوالة صوَّبه المرداويُّ؛ لأنَّ الظَّاهر معه، فإنَّ اللَّفظ حقيقةٌ في الحوالة دون الوكالة، فيجب حمل اللَّفظ على ظاهره. [انظر: المصدر السَّابق].

(٤) في الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٣/ ١١٩: (وإن قال: أحلتك بدينك؛ فقول مدَّعي الحوالة وجهًا واحدًا، يعني إذا اتَّفقا على ذلك، وادَّعى أحدهم أنَّه أريد به الوكالة وأنكر الآخر، فالقول قول مدَّعي الحوالة، لا أعلم فيه خلافًا، وقطع به الأصحاب).

وفي الشَّرح الكبير: (لأنَّ الحوالة بدينه لا تحتمل الوكالة، فلم يقبل قول مدَّعيها).

وإذا طالَبَ الدائنُ المدينَ، فقال: أحلتَ فلانًا الغائِبَ، وأنكر ربُّ المالِ؛ قُبِلَ قولُه مع يمينِه، ويُعمَلُ بالبيِّنةِ(١).

---

(١) أي: إن أقامها من قال: أحلت عليَّ فلانًا.

مسألةٌ: اشتراط الضَّمان على المحيل:

إذا اشترط المحال الضَّمان، فإمَّا أن يشترط الضَّمان من المحال عليه أو من المحيل.

فإن اشترط الضَّمان على المحال عليه، فاختلف العلماء فيه على قولين:

القول الأوَّل: إذا اشترط المحال الضَّمان من المحال عليه ووافق المحال عليه صح ذلك؛ لأنَّ المحال عليه مدينٌ، وذمَّته مشغولةٌ بالدَّين، وقد شرع الإسلام الرَّهن والضَّمان توثقةً للدَّين.

القول الثَّاني: لا تصحُّ الحوالة بشرط أن يعطيه المحال عليه رهنًا أو ضامنًا.

وأمَّا اشتراط الضَّمان على المحيل، فاختلف الفقهاء فيه على قولين:

القول الأوَّل: ذهب الحنفيَّة إلى أنَّ الحوالة إذا اشترط فيها ضمان المحيل تحوَّلت إلى كفالةٍ لا حوالةٍ؛ لأنَّ المعتبر في العقود المقاصد والمعاني، فالكفالة بشرط براءة الأصيل حوالةٌ، والحوالة بشرط ضمان الأصيل كفالةٌ.

القول الثَّاني: إذا شرط الضَّمان على المحيل لم تصحَّ الحوالة، وهو الرَّاجح في مذهب الشَّافعيَّة؛ لأنَّ اشتراط الضَّمان في الحوالة ينافي مقتضى العقد؛ لأنَّ الحوالة تقتضي براءة المحيل من الدَّين، واشتراط ما ينافي مقتضى العقد يجعله باطلًا.

القول الثَّالث: يجوز اشتراط الضَّمان والرَّهن في الحوالة، وهو وجهٌ مرجوحٌ في مذهب الشَّافعيَّة. [انظر: تبيين الحقائق ٤/ ١٣٥، درر الحكَّام ١/ ٨٠١، مغني المحتاج ٢/ ١٩٥، تحفة المحتاج ص١٧٠، وأحكام الحوالة ص١٢٣].

(بَابُ الصُّلْحِ)(١)

وهو لغةً: قطعُ المنازَعَةِ.

مسألةٌ: إذا كان المحيل قد أعطى رهنًا أو كفيلًا في دينه، فإذا أحاله بدينه على آخر فهل يسقط الرَّهن والكفالة بالحوالة؟

المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة، وقول أبي يوسف من الحنفيَّة: إذا أحال الرَّجل غريمه، وكان في الدَّين كفيلٌ أو رهنٌ، فإنَّ الكفيل يبرأ، وللرَّاهن أن يستردَّ الرَّهن؛ لأنَّ الرَّهن والكفالة عقدان تابعان، فإذا برأ المحيل من الدَّين سقط الرَّهن والضَّمان، ولأنَّ الحوالة تعني فراغ ذمَّة المحيل من الدَّين، ولا قيام للرَّهن والضَّمان مع براءته من الدَّين، وهذا مقتضى عقد الحوالة.

وعند محمَّد بن الحسن من الحنفيَّة: إذا أحال الرَّاهن المرتهن بدينه على رجلٍ لم يبطل حقُّ المرتهن في حبس الرَّهن، وكذا في حوالة المرتهن إذا كانت مطلقةً، فإن كانت مقيَّدةً بطل حقُّه في الحبس. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) وأحكام الجِوار.

والصُّلح: اسم مصدر صالحه مصالحةً وصِلاحًا، وهو التَّوفيق، كما يطلق ويراد به السِّلم وإنهاء الخصومة والحرب، كما يطلق ويراد به التئام شعب القوم المتصدِّع.

والإصلاح: مصدر أصلح، وهو خلاف الإفساد، يقال: أصلح الشَّيء أزال فساده.

والمصالحة: مصدر صالح، وهي ضدُّ المخاصمة، وهي: المسالمة والمصافاة بعد المنازعة. [انظر: المطلع ص ٢٥٠، المصباح المنير ١/ ١٣٢، طلبة الطَّلبة ص ٢٩٢، المعجم الوسيط ١/ ٥٣٩].

وشرعًا: معاقدةٌ يُتوصَّلُ بها إلى إصلاحٍ بين مُتخاصِمين(١).

---

(١) وعند الحنفيَّة كما في الدُّرِّ المختار ٨/ ٢٢٩: (عقدٌ يرفع النِّزاع، ويقطع الخصومة).

وعند المالكيَّة كما في شرح حدود ابن عرفة ص ٤٣٩: (العقد الَّذي تنقطع به خصومة المتخاصمين).

والصُّلح مشروعٌ في الكتاب والسُّنَّة والإجماع:

أمَّا الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾.

وقوله تعالى: ﴿لَّا خَيْرَ فِى كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَىٰهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَٰحٍۭ بَيْنَ ٱلنَّاسِ﴾.

ومن السُّنَّة: حديث أبي هريرة ﵁ مرفوعًا: «الصُّلح جائزٌ بين المسلمين».

وفي روايةٍ: «إلَّا صلحًا حرَّم حلالًا أو أحلَّ حرامًا».

وأصلح النَّبيُّ ﷺ بين بني عمرو بن عوفٍ، رواه البخاري.

وعليه بوَّب البخاريُّ: باب ما جاء في الإصلاح بين النَّاس.

وقال عمر ﵁: «ردُّوا الخصوم حتَّى يصطلحوا؛ فإنَّ فصل القضاء يُحدِث بين النَّاس الضَّغائن»، رواه البيهقيُّ ٣/ ١٠٩، لكنَّه منقطعٌ.

والإجماع منعقدٌ على مشروعيَّة الصُّلح في الجملة، وقد حكاه غير واحدٍ من العلماء. [انظر: المبسوط ٢٠/ ١٣٤، بدائع الصَّنائع ٦/ ٤٠، مغني المحتاج ٣/ ١٦١، كشَّاف القناع ٣/ ٣٧٨].

ومع اتِّفاق العلماء على مشروعيَّة الصُّلح في الجملة إلَّا أنَّ عرض الصُّلح على الخصوم له أحوالٌ:

الأولى: يشرع عرض الصُّلح على الخصوم إذا لم يتبيَّن وجه الحقِّ في القضية للقاضي، زاد بعض العلماء: ولم يتمكَّن من مشاورة غيره، ولم يوجد

والصلحُ في الأموالِ قسمان(١):

قاضٍ غيره.

الثَّانية: يشرع عرض الصُّلح على الخصوم ولو تبيَّن وجه الحقِّ إذا كانت بين ذوي رحمٍ أو ذوي فضلٍ، أو خشي فتنةً من فصل الخصومة بالقضاء.

الثَّالثة: من تدخَّل للإصلاح أو اختاره الخصوم للإصلاح فهذا يبحث عن طريقٍ للإصلاح بغضِّ النَّظر تبيَّن له الحكم أم لا لأنَّه مصلحٌ، وليس بقاضٍ.

الرَّابعة: في غير ما تقدَّم من الحالات وقد تبيَّن وجه الحقِّ في القضيَّة:

فجمهور أهل العلم: أنَّ القاضي لا يعرض الصُّلح إلَّا برضا الخصوم؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾، فوصف الله جنس الصُّلح بأنَّه خيرٌ، ولا يكون خيرًا إلَّا إذا لم يتبيَّن وجه الحقِّ، أو برضاهم إذا تبيَّن.

وعند الشَّافعيَّة: يجوز عرض الصُّلح على الخصوم مطلقًا تبيَّن وجه الحقِّ أم لا.

واستدلُّوا: بقصَّة الزُّبير بن العوَّام مع صاحبه الأنصاريِّ، رواه البخاريُّ. فقد عرض النَّبيُّ ﷺ الصُّلح أوَّلًا مع علمه بالخصم، وكذا قصَّة كعب بن مالكٍ مع ابن أبي حدردٍ، متَّفقٌ عليه.

ونوقش: بأنَّ الخصوم من أهل الفضل. [انظر: شرح تحفة الحكَّام ١/ ٢٦، تبصرة الحكَّام١/ ٤٣، آداب القاضي لابن القاصِّ ١/ ١٩٥، شرح المنتهى ٣/ ٥١٨].

(١) فالمقصود بهذا الباب صلح الأموال، وإلَّا فالصُّلح أنواعٌ:
صلحٌ بين المسلمين وأهل الحرب، وتقدَّم في الجهاد.
صلحٌ بين أهل العدل والبغي، ويأتي في قتال أهل البغي.
صلحٌ بين زوجين خِيف الشِّقاق بينهما، ويأتي في باب عِشْرة النِّساء.
صلحٌ بين متخاصمين في غير مالٍ.

على إقرارٍ، وهو المشارُ إليه بقولِه: (إِذَا أَقَرَّ لَهُ[١] بِدَيْنٍ أَوْ عَيْنٍ، فَأَسْقَطَ) عنه مِن الدَّيْنِ بعضَه، (أَوْ وَهَبَ) مِن العينِ (البَعْضَ وَتَرَكَ البَاقِيَ)، أي: لم يُبرِئْ منه ولم يَهبه؛ (صَحَّ)؛ لأنَّ الإنسانَ لا يُمنَعُ مِن إسقاطِ بعضِ حقِّه، كما لا يُمنَعُ مِن استيفائِه؛ «لأَنَّهُ ﷺ كَلَّمَ غُرَمَاءَ جَابِرٍ لِيَضَعُوا عَنْهُ[٢]»[٣].

ومحلُّ صحَّةِ ذلك: إن لم يَكُن بلفظِ الصُّلح[٤]، فإن وَقَع بلفظِه لم يصحَّ؛ لأنَّه صالَحَ عن بعضِ مالِه ببعضٍ، فهو هَضمٌ للحقِّ.

صلحٌ في الأموال، وهو المقصود هنا.

والحقوق نوعان:

حقوق الله كالصَّلاة والزَّكاة والحدود وغيرها، فلا مدخل للصُّلح بينهما.

وحقوقٌ للآدميِّ فهي الَّتي تقبل الصُّلح الإسقاط والمعاوضة، على ما يأتي.

[انظر: إعلام الموقِّعين ١/١٠٨].

(١) فصلح الإقرار جائزٌ باتِّفاق الأئمَّة.

والقسم الثَّاني: الصُّلح عن إنكارٍ.

وقيل: القسم الثَّالث: الصُّلح عن سكوتٍ، ويأتي.

(٢) أي: من الدَّين الَّذي كان على أبيه.

(٣) رواه البخاري (٢١٢٧) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: توفي عبد الله بن عمرو بن حرام وعليه دَيْن، فاستعنت النبي ﷺ على غرمائه أن يضعوا من دينه، فطلب النبي ﷺ إليهم فلم يفعلوا.

(٤) وصلح الإقرار ينقسم إلى قسمين:

الأوَّل: صلحٌ عن أعيانٍ، وهو نوعان:

الأوَّل: أن يكون الصُّلح على العين المدَّعاة (على جنس الحقِّ) كأن يدَّعيَ عليه عينًا فيقرَّ المدَّعَى عليه ثمَّ يصالحه على بعضها كنصفها أو ثلثها . . .، فالمذهب يصحُّ بشرط أن لا يكون ذلك بلفظ الصُّلح، أو يشترطاه بأن يقول

. . . .

المقرُّ له: أبرأتك، أو وهبتك بشرط أن تعطيني كذا من العين، أو يمنعه حقَّه إلَّا بالإبراء أو الهبة، وأن يكون من جائز التَّبرُّع؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند أكثر العلماء: يصحُّ الصُّلح سواءٌ كان بلفظ الهبة أو بلفظ الصُّلح؛ لأنَّ الخاصِّيَّة الَّتي يفتقر إليها لفظ الصُّلح وهي سبق الخصومة قد حصلت. [انظر: درر الحكَّام ٤/ ٣٩، الخرشيَّ على خليلٍ ٦/ ٣، المهذَّب ١/ ٣٤٠، نهاية المحتاج ٤/ ٣٧٢، المبدع ٤/ ٢٧٩، شرح المنتهى ٢/ ٢٦٠].

النَّوع الثَّاني: أن يكون الصُّلح على غير العين المدَّعاة (على غير جنس الحقِّ)، كأن يدَّعيَ عليه دارًا فيقرَّ المدَّعى عليه، ثمَّ يصالحه على ثوبٍ أو دارٍ أخرى، وهذا جائزٌ باتِّفاق الأئمَّة، ويعتبر بيعًا تشترط فيه شروط البيع وإن عقد بلفظ الصُّلح؛ لأنَّه مبادلة مالٍ بمالٍ، وتتعلَّق به جميع أحكام البيع كردٍّ بالعيب وحقِّ الشُّفعة والمنع من التَّصرُّف قبل القبض.

ولو صالحه عن العين المدَّعاة على منفعةٍ أخرى كما إذا ادَّعى على رجلٍ شيئًا فأقرَّ به، ثمَّ صالحه على سكنى داره أو ركوب دابَّته، فلا خلاف بين الفقهاء في جواز هذا الصُّلح وأنَّه إجارةٌ تترتَّب عليه أحكام الإجارة؛ لأنَّ العبرة بالمعاني، فوجب حمل الصُّلح على الإجارة؛ لوجود معنى الإجارة وهو تمليك المنافع بعوضٍ. [انظر: المصادر السَّابقة].

القسم الثَّاني: صلحٌ عن ديونٍ، وهو نوعان:

النَّوع الأوَّل: صلح الإسقاط، وذلك أن يدَّعيَ عليه دَينًا فيقرَّ له به، فيسقط عنه بعضه، فالمذهب: أنَّه يصحُّ بشرط أن لا يكون بلفظ الصُّلح، أو يشترطاه بأن يقول المقرُّ له: أبرأتك أو وهبتك بشرط أن تعطيني كذا من الدَّين أو يمنعه حقَّه إلَّا بالإسقاط، وأن يكون من جائز التَّبرُّع؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند جمهور أهل العلم: أنَّ هذا صلحٌ جائزٌ؛ إذ هو أخذٌ لبعض حقِّه،

ومحلُّه أيضًا: (إِنْ لَمْ يَكُنْ شَرَطَاهُ)، بأن يقولَ: بِشَرْطِ أنْ تُعطِيَني كذا، أو على أنْ تُعطِيَني، أو تُعوِّضَني كذا، ويَقبلَ على ذلك؛ فلا يصحُّ[1]؛ لأنَّه يَقتضي المعاوضةَ، فكأنَّه عاوَضَ بعضَ حقِّه ببعضٍ.

واسمُ (يَكُنْ) ضميرُ الشَّأنِ[2]، وفي بعضِ النُّسخِ: (إن لم يكن شرطًا)، أي: بشرط.

ومحلُّه أيضًا: أنْ لا يَمنعَه حقَّه بدونِه، وإلا بَطَل؛ ....

وإسقاطٌ للبعض الآخر.

ونصَّ الشَّافعيَّة: أنَّه يصحُّ بلفظ الصُّلح. [انظر: البحر الرَّائق ٧/ ٢٥٩، مواهب الجليل ٥/ ٨٢، نهاية المحتاج ٤/ ٣٧٤، المبدع ٤/ ٢٧٩، شرح المنتهى ٢/ ٢٦٠].

والنَّوع الثَّاني: صلح المعاوضة، وهو الَّذي يكون على غير الدَّين المدَّعى، بأن يقرّ له بدينٍ في ذمَّته ثمَّ يتَّفقا على تعويضه عنه، ويأتي آخر الفصل. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٩١: (ويصحُّ ما ذكر من الإبراء والهبة إن لم يكن بشرطٍ، مثل أن يقول: أبرأتك أو وهبتك على أن تعطيني الباقي، فإن فعل ذلك لم يصحَّ؛ لما يأتي في الهبة من أنَّه لا يصحُّ تعليقها ولا تعليق الإبراء بشرطٍ، أو يمنعه أي: لا يصحُّ الإبراء والهبة إذا منعه المقرُّ حقَّه بدون الإبراء أو الهبة فلا يصحُّ؛ لأنَّه من أكل أموال النَّاس بالباطل، ولا يصحُّ ما ذكر من الإبراء والهبة).

(٢) أي: في قول الماتن: (إن لم يكن شرطاه).

وضمير الشَّأن فيهما عُنِيَ به المبرئ أو الموهوب، ومعنى كونه لا يصلح بلفظ الصُّلح أو الشَّرط المذكور أنَّ ربَّ الحقِّ له المطالبة بجميع الحقِّ بعد وقوع ذلك، ولا يصحُّ في حقِّه.

لأنَّه أَكْلٌ لمالِ الغيرِ بالباطلِ[١].

(وَ) محلُّه أيضًا: أن لا يكونَ (مِمَّنْ لَا يَصِحُّ تَبَرُّعُهُ)؛ كمكاتَبٍ، وناظرِ وقفٍ، ووليِّ صغيرٍ ومجنونٍ؛ لأنَّه تبرُّعٌ، وهؤلاء لا يملِكُونَه[٢]، إلا إنْ أنكر مَن عليه الحقُّ ولا بينةَ[٣]؛ لأنَّ استيفاءَ البعضِ عندَ العجزِ عن استيفاءِ الكلِّ أَوْلَى مِن تَرْكِه[٤].

(وَإِنْ وَضَعَ) ربُّ دَيْنٍ (بَعْضَ) الدَّيْنِ (الحَالِّ وَأَجَّلَ بَاقِيَهُ؛ صَحَّ الإِسْقَاطُ فَقَطْ)؛ لأنَّه أسقطَه عن طيبِ نفسِه، ولا مانِعَ مِن صحَّتِه، ولم يصحَّ التأجيلُ؛ لأنَّ الحالَّ لا يتأجَّلُ[٥]، وكذا لو صالحه عن مائةٍ صحاحٍ بخمسينَ مُكسَّرةٍ،

---

(١) ومتى اصطلحا ثمَّ بعد ذلك ظهرت بيِّنةٌ فاختار شيخ الإسلام نقض الصُّلح؛ لأنَّه إنَّما صالح مكرَهًا في الحقيقة إذ لو علم البيِّنة لم يسمح بشيءٍ من حقِّه.

(٢) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٩٢: (كالوكيل في استيفاء الحقوق؛ لأنَّه تبرُّعٌ).

(٣) لمدَّعيه؛ فيصحُّ الصُّلح.

(٤) في حاشية العنقريِّ ٢/ ١٩٧: (قال بعض المحقِّقين: انظر لو ادَّعَى وليُّ صغيرٍ حقًّا له وأقام شاهدًا واحدًا، أو ادُّعِيَ عليه وأقام المدَّعي شاهدًا واحدًا هل يجوز للوليِّ المصالحة له أو عنه إذا رآه مصلحةً أم لا؟ ومال إلى الجواز لمصلحةٍ، أقول: هذا منه قصورٌ إذ عبارة الإقناع ناطقةٌ بأنَّ له المصالحة في المسألة الثَّانية؛ لأنَّ البيِّنة قد تمَّت وهي الشَّاهد واليمين.

وأمَّا المسألة الأولى فلا يخلو إمَّا أن يكون التَّصرُّف من الوليِّ أو لا، فإن كان منه توجَّهت اليمين إليه وحلف ولم يصالح قطعًا، وإن كان من غيره كمورِّثه توجَّهت اليمين إلى المولَّى عليه، ويحلف إذا بلغ، ولا يصحُّ الصُّلح إلَّا إن خيف من التَّأخير الفوات، فيتوجَّه القول بما مال إليه، وفي كلام شيخ الإسلام ما يرشد إلى ذلك) اهـ.

(٥) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف.

فهو إبراءٌ مِن الخمسين ووعدٌ في الأُخرى[١]، ما لم يقعْ بلفظِ الصلحِ، فلا يصحُّ[٢]، كما تقدَّم.

(وَإِنْ صَالَحَ عَنِ المُؤَجَّلِ بِبَعْضِهِ حَالًّا)؛ لم يصحَّ[٣] ....

وعند الحنفيَّة، والمالكيَّة: يصحُّ الإسقاط والتَّأجيل، واختاره شيخ الإسلام، قال ابن القيِّم: (وهو الصَّواب بناءً على صحَّة تأجيل القرض والعاريّة). وقد تقدَّم ذلك في باب القرض، ولأنَّ المسلمين على شروطهم، ولوجوب الوفاء بالوعد، ولأنَّ الأصل في الدُّيون جواز التَّأجيل؛ لقوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾. [انظر: البحر الرَّائق ٧/ ٢٥٩، التَّاج والإكليل ٥/ ٨٢، أسنى المطالب ٢/ ٢١٦، المبدع ٤/ ٢٨٠، إعلام الموقِّعين ٣/ ٣٧٠].

(١) والوعد لا يلزم الوفاء به، لكن يكره ترك الوفاء، وهذا هو المذهب. [انظر: شرح المنتهى ٣/ ٤٥٦].

وعند شيخ الإسلام: يجب الوفاء بالوعد. [انظر: الاختيارات ص ٣٣١].

(٢) وهذا هو المذهب؛ لأنَّ لفظ الصُّلح يقتضي المعاوضة، وتقدَّم قريبًا الصِّحَّة بلفظ الصُّلح.

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول الحنفيَّة، والمالكيَّة، والشَّافعية؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعلَّل الشَّافعيَّة: أنَّه ترك بعض المقدار ليحصل الحلول في الباقي، والصِّفةُ بانفرادها لا تقابل بعوضٍ، ولأنَّ صفة الحلول لا يصحُّ إلحاقها بالمؤجَّل، وإذا لم يحصل ما ترك من القدر لأجله لم يصحَّ التَّرك، ولما رواه البيهقيُّ في السُّنن ٦/ ٢٨ عن المقداد بن الأسود قال: «أسلفت رجلًا مائة دينارٍ، ثمَّ خرج سهمي في بعثٍ بعثه رسول الله ﷺ، فقلت له: عجِّل لي تسعين دينارًا، وأحطُّ عشرة دنانير، فقال: نعم، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال: أكلت ربًا يا مقداد وأطعمته،» وإسناده ضعيفٌ، في إسناده محمَّد بن يونس الكُدَيميُّ ضعيفٌ،

....

وأيضًا: يحيى بن يعلى الأسلميُّ، ولما روى عبد الرَّزَّاق (١٤٣٥٩) من طريق أبي المنهال قال: سألت ابن عمر عن رجلٍ لي عليه حقٌّ إلى أجلٍ، فقلت: عجِّل لي، وأضع لك، فنهاني عنه، وقال: «نهانا أمير المؤمنين أن نبيع العين بالعين»، وإسناده صحيحٌ.

ونوقش: بأنَّ الصَّحابة مختلفون فيما بينهم في جواز مثل ذلك، فقد رأى ابن عبَّاسٍ جواز ذلك.

وعن الإمام أحمد، وهو قول ابن عبَّاسٍ، وإبراهيم النَّخعيِّ، وهو اختيار شيخ الإسلام وابن القيِّم: أنَّه يصحُّ؛ لما روى الطَّبرانيُّ في الأوسط (٨١٧) عن ابن عبَّاسٍ لـمَّا أمر رسول الله ﷺ بإخراج بني النَّضير من المدينة أتاه أناسٌ منهم فقالوا: إنَّ لنا ديونًا لم تحلَّ فقال: ضعوا وتعجَّلوا، وهو ضعيفٌ؛ في إسناده مسلم بن خالدٍ الزِّنجيِّ، ضعيفٌ، ولما رواه عبد الرَّزَّاق (١٤٣٦٠) عن ابن عبَّاسٍ: سئل عن الرَّجل يكون له الحقُّ على الرَّجل إلى أجلٍ، فيقول: عجِّل لي وأضع عنك، فقال: لا بأس بذلك. وإسناده صحيحٌ، ولأنَّ الوضع والتَّعجيل ضدُّ ربا الجاهليَّة، وهو الزِّيادة في الدَّين لقاء تمديد الأجل.

قال ابن القيِّم في إعلام الموقِّعين ٣/ ٣٧١: (لأنَّ هذا عكس الرِّبا، فإنَّ الرِّبا يتضمَّن الزِّيادة في أحد العوضين في مقابلة الأجل، وهذا يتضمَّن براءة ذمَّته من بعض العوض في مقابلة سقوط الأجل، فسقط بعض العوض في مقابلة سقوط بعض الأجل، فانتفع به كلٌّ واحدٍ منهما، ولم يكن هناك ربًا لا حقيقةً ولا لغةً ولا عرفًا، فإنَّ الرِّبا زيادةٌ، وهي منتفيةٌ هاهنا، والَّذين حرَّموا ذلك إنَّما قاسوه على الرِّبا، ولا يخفى الفرق الواضح بين قوله: إمَّا أن تربيَ وأمَّا أن تقضي، وبين قوله: عجِّل لي وأهب لك مائةً، فأين أحدهما من الآخر؟ فلا نصَّ في تحريم ذلك، ولا إجماع، ولا قياس صحيحٌ). [انظر: تبيين الحقائق ٥/ ٤٣، الزُّرقانيُّ على خليلٍ ٦/ ٣، روضة الطَّالبين ٤/ ١٩٦، المبدع ٤/ ٢٧٩،

في غيرِ الكتابةِ[١]؛ لأنَّه يَبْذُلُ القَدْرَ الذي يحطُّه عِوضًا عن تعجيلِ ما في ذمَّته، وبيعُ الحلولِ والتأجيلِ لا يجوزُ.

(أَوْ بِالعَكْسِ)؛ بأنْ صالَحَ عن الحالِّ ببعضِه مُؤجَّلًا؛ لم يصحَّ إن كان بلفظِ الصلحِ كما تقدَّم، فإن كان بلفظِ الإبراءِ ونحوِه، صحَّ الإسقاطُ دونَ التأجيلِ، وتقدَّم[٢].

(أَوْ أَقَرَّ لَهُ بِبَيْتٍ) ادَّعاه، (فَصَالحَهُ عَلَى سُكْنَاهُ) ولو مدَّةً معيَّنةً كسنةٍ[٣]، (أَوْ) على أَنْ (يَبْنِيَ لَهُ فَوْقَهُ غُرْفَةً)[٤]، ....

الاختيارات ص ١٣٤، إعلام الموقِّعين ٣/ ٣٧١].

(١) فالمذهب، ومذهب الحنفيَّة؛ لا يصحُّ الصُّلح عن دَينٍ مؤجَّلٍ ببعضه حالًّا إلَّا في دَين الكتابة، وعلَّل الحنفيَّة؛ لأنَّ معنى الإرفاق بين المكاتب وسيِّده أظهر من معنى المعاوضة، فلا يكون هذا من مقابلة الأجل ببعض المال.

وعلَّل الحنابلة: أنَّ الرِّبا لا يجري بين السَّيِّد ورقيقه. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٢) قريبًا، وأنَّ مذهب الحنفيَّة، والمالكيَّة، صحَّة الإسقاط والتَّأجيل، وهو اختيار شيخ الإسلام وابن القيِّم.

(٣) لم يصح، وهذا هو المذهب؛ لأنَّه صالحه عن ملكه على منفعة ملكه، فكأنَّه ابتاع داره بمنفعتها، وهو لا يجوز.

وعند الشَّافعيَّة في الأصحِّ: يجوز ويعتبر إعارةً. [انظر: المهذَّب ١/ ٢٤٠، المبدع ٤/ ٢٨١، شرح المنتهى ٢/ ٢٦١].

وتقدَّم قريبًا ما لو صالحه عن العين المدَّعاة على منفعةٍ عن أخرى.

(٤) أي: أو صالح صاحب بيتٍ أقرَّ له به المدَّعى عليه أن يبني له فوقه غرفةً، لم يصحَّ؛ لأنَّه صالح عن ماله على ماله.

أو صالحه على بعضِه؛ لم يصحَّ الصلحُ[١]؛ لأنَّه صالحه عن ملكِه على ملكِه أو منفعتِه، وإن فَعَل ذلك كان تَبرعًا متى شاء أخرجه[٢].

وإن فَعَله على سبيلِ المصالحةِ مُعتقدًا وجوبَه عليه بالصلحِ؛ رَجَع عليه بأجرةِ ما سَكَن، وأخذ ما كان بيدِه مِن الدارِ؛ لأنه أخذه بعقدٍ فاسدٍ[٣].

(أَوْ صَالَحَ مُكَلَّفًا لِيُقِرَّ لَهُ بِالعُبُودِيَّةِ)، أي: بأنَّه مملوكُهُ؛ لم يصحَّ، **(أَوْ** صالَحَ **(امْرَأَةً لِتُقِرَّ لَهُ بِالزَّوْجِيَّةِ بِعِوَضٍ؛ لَمْ يَصِحَّ)** الصلحُ[٤]؛ لأنَّ ذلك صلحٌ يُحِلُّ حرامًا[٥]؛ لأنَّ إرقاقَ النفسِ وبذلَ المرأةِ نفسَها بعوضٍ لا يجوزُ.

---

(١) أي: أو صالحه عن بيتٍ أقرَّ له به على بعضه لم يصحَّ الصُّلح، وهذا هو المذهب؛ لما علَّل به المؤلِّف. [انظر: كشَّاف القناع ٣/٣٩٣].

وتقدَّم أنَّه إذا صالح عن العين المدَّعاة ببعضها صحَّ الصُّلح.

(٢) كالعاريّة. [انظر: المصدر السَّابق].

(٣) في كشَّاف القناع ٣/٣٩٣: (وإن أعطاه أي: أعطى المقَرُّ له المقرَّ بعض داره بناءً على هذا الصُّلح لم يلزم الإعطاء لترتُّبه على الصُّلح الفاسد، فمتى شاء المقَرُّ له انتزعه منه، وإن فعل المقَرُّ له ذلك أي: ما ذكر بأن أسكنه البيت، أو أعطاه بعضه، أو بنى له فوقه غرفةً على سبيل المصالحة معتقدًا أنَّ ذلك وجب عليه بالصُّلح، رجع المقَرُّ له عليه أي: على المقرِّ بأجرة ما سكن . . .، وإن بنى المقِرُّ فوق البيت غرفةً بناءً على السَّطح أجبر أي: المقِرُّ على نقضها؛ لأنَّه وضعها بغير حقٍّ، وأجبر أيضًا على أداء أجرة السَّطح مدَّة مقامه في يده؛ لأنَّه بيده بعقدٍ فاسدٍ، وله أي: المقِرُّ أخذ آلته الَّتي بنى بها الغرفة لبقائها في ملكه، وإن اتَّفقا على أن يصالحه صاحب البيت عن بنائه بعوضٍ جاز). اهـ.

(٤) قال في الإنصاف مع الشَّرح ١٣/١٣٦: (قوله: وإن صالح إنسانًا ليقرَّ له بالعبودية، أو امرأةً لتُقِرَّ له بالزَّوجية لم يصحَّ بلا نزاعٍ أعلمه).

(٥) ويأتي قوله ﷺ: «إلَّا صلحًا أحلَّ حرامًا، أو حرَّم حلالًا».

(وَإِنْ بَذَلَاهُمَا)، أي: دَفَع المدَّعَى عليه العبوديةُ، والمرأةُ المدَّعَى عليها الزوجيةُ عِوضًا (لَهُ)، أي: للمدَّعِي (صُلْحًا عَنْ دَعْوَاهُ؛ صَحَّ)(١)؛ لأنَّه يجوزُ أن يُعتِقَ عبدَه ويُفارِقَ امرأتَه بعِوضٍ.

ومَن عَلِمَ بكذبِ دعواه؛ لم يُبَحْ له أَخْذُ العِوضِ؛ لأنَّه أكلٌ لمالِ الغيرِ بالباطلِ.

(وَإِنْ قَالَ: أَقِرَّ بِدَيْنِي وَأُعْطِيكَ مِنْهُ كَذَا، فَفَعَلَ)، أي: فأقرَّ بالدَّيْنِ؛ (صَحَّ الإِقْرارُ)(٢)؛ لأنَّه أقرَّ بحقٍّ يحرُمُ عليه إنكارُه، و(لَا) يصحُّ (الصُّلْحُ)؛ لأنَّه يجبُ عليه الإقرارُ بما عليه مِن الحقِّ، فلم يحلَّ له أَخْذُ العوضِ عليه، فإن أخذ شيئًا ردَّه(٣).

وإن صالحه عن الحقِّ بغيرِ جنسِه(٤)، كما لو اعتَرَفَ له بعينٍ أو دَيْنٍ، فعوَّضَه عنه ما يجوزُ تَعويضُه(٥)؛ ....

(١) أي: الصُّلح؛ قطعًا للخصوم وإزالةً للشَّرِّ عنه، ليُقِرَّ أنَّها غير زوجته، أو ليُقِرَّ لها بالطَّلاق.

وفي الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ١٣٧ (ومتى صالحته على ذلك، ثمَّ ثبتت الزَّوجيَّة بإقرارها أو ببيِّنةٍ، فإن قلنا: الصُّلح باطلٌ، فالنِّكاح باقٍ بحاله؛ لأنَّه لم يوجد من الزَّوج طلاقٌ، أو خلعٌ، وإن قلنا: هو صحيحٌ احتمل ذلك أيضًا؛ لما ذكرنا، واحتمل أن تَبِين منه بأخذ العوض).

(٢) لوجوبه عليه، فلا يجوز أن يعتاض عنه.

(٣) لأنَّه تبيَّن كذبه بإقراره، فأخذه له من أكل أموال النَّاس بالباطل.

(٤) وهذا هو النَّوع الثَّاني من قسمي الإقرار، وهو أن يكون الصُّلح على غير العين أو الدَّين المدَّعاة (على غير جنس الحقِّ).

(٥) خرج ما لا يجوز تعويضه كالكلب.

فإن كان بنقدٍ عن نقدٍ فصرفٌ(١)، وإن كان بعرضٍ فبيعٌ يُعتبرُ له ما يُعتبرُ فيه(٢)، ويصحُّ بلفظِ صلحٍ(٣) وما يُؤدي معناه(٤)، وإن كان بمنفعةٍ كسُكْنى دارٍ فإجارةٌ(٥).

وإن صالحَتِ المعترِفَةُ بدَيْنٍ أو عينٍ بتزويجِ نفسِها؛ صحَّ، ويكونُ صداقًا(٦).

---

(١) مثل أن يقِرَّ له بمائة درهمٍ فيصالحه عنها بعشرة دنانير مثلًا، أو بالعكس، فهذا صرفٌ يشترط له شروط الصَّرف من التَّقابض في المجلس، ونحوه، وهذا باتِّفاق الأئمَّة. [انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٤٢٤، مجمع الأنهر ٢/ ٣١٥، مواهب الجليل ٥/ ٨١، الخرشيّ على خليلٍ ٦/ ٣، المهذَّب ١/ ٣٤٠، نهاية المحتاج ٤/ ٣٧٣، شرح المنتهى ٢/ ٢٦٢].

(٢) أي: وإن كان الصُّلح بعرضٍ، بأن يقرَّ له بعرضٍ كثوبٍ فيصالحه عن العرض بنقدٍ، أو يقرَّ له بنقدٍ فيصالحه عن النَّقد بعرضٍ كثوبٍ فبيعٌ له أحكام البيع باتِّفاق الأئمَّة. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٣) في حاشية العنقريِّ ٣/ ١٩٩: (أي: يصحُّ الصُّلح عن مقرٌّ به على غير جنسه بلفظ الصُّلح بخلاف النَّوع الأوَّل، والفرق: أنَّ المعاوضة عن الشَّيء ببعضه محظورةٌ لا بغيره).

(٤) كلفظ هبةٍ وبيعٍ. [انظر: حاشية العنقريِّ ٢/ ٢٠٠].

(٥) يثبت لها حكم سائر الإجارات باتِّفاق الأئمَّة، وتقدَّم ذلك عند قول المؤلِّف: (إذا أقرَّ له بدَينٍ أو عينٍ فأسقط . . .، إن لم يكن بلفظ الصُّلح).

(٦) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٩٥: (لأنَّ عقد التَّزويج يقتضي عوضًا، فإذا جعلت ذلك عوضًا عن الحقِّ الَّذي عليها صحَّ كغيره، ويكون عقد النِّكاح من الوليِّ بحضرة شاهدي عدلٍ على ما يأتي تفصيله في النِّكاح، ولم ينبِّهوا عليه لظهوره).

وإن صالَحَ عما في الذمَّة بشيءٍ في الذمَّةِ؛ لم يَجُزِ التفرُّقُ قبلَ القبضِ؛ لأنَّه بيعُ دَيْنٍ بدَيْنٍ(١).

وإن صالَحَ عن دَيْنٍ بغيرِ جنسِه؛ جاز مُطلقًا(٢)، وبجنسِه لا يجوزُ بأقلَّ أو أكثرَ على وجهِ المعاوَضَةِ(٣).

---

(١) إذا أقرَّ له بدَينٍ في الذِّمَّة من نحو قرضٍ أو قيمة متلفٍ فصالحه على موصوفٍ في الذِّمَّة من غير جنسه بأن صالحه عن دينارٍ في الذِّمَّة بقمحٍ في الذِّمَّة، فجمهور أهل العلم وهو المذهب: صحَّة هذا الصُّلح، لكن لا يجوز التَّفرُّق قبل القبض؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند الشَّافعيَّة: يشترط تعيين بدل الصُّلح في المجلس؛ ليخرج عن بيع الدَّين بالدَّين، وفي الأصحِّ: لا يشترط القبض إلَّا إذا كانا ربويَّين. [انظر: تبيين الحقائق ٥/ ٤٢، التَّاج والإكليل ٥/ ٨١، روضة الطَّالبين ٤/ ١٩٥، المبدع ٤/ ٢٨٤].

(٢) أو بعرضٍ جاز بلا نزاعٍ. [انظر: الإنصاف ٥/ ٢٣٨]، وفي حاشية العنقريِّ ٢/ ٢٠٠: (قوله: مطلقًا: أي: بأقلَّ أو أكثر أو مساوٍ، لكن إن اشتركا في علَّة ربا الفضل اشترط القبض قبل التَّفرُّق).

(٣) في حاشية العنقريِّ ٢/ ٢٠٠: (وبجنسه... إلخ، كقفيز بُرٍّ ببُرٍّ أقلَّ منه أو أكثر؛ لإفضائه إلى ربا الفضل، فإن كان بأقلَّ على وجه الإبراء أو الهبة صحَّ، لا بلفظ الصُّلح).

* فرعٌ: المصالحة بمالٍ من الجنس كنقدٍ في قيمة المتلف أو دية الخطأ وشبه العمد فالمذهب، ومذهب الحنفيَّة، والمالكيَّة، والشَّافعيَّة: أنَّه لايصحُّ، واستثنى أبو حنيفة المصالحة عن قيمة المتلف قبل قضاء القاضي فيجوز؛ لأنَّ الدِّية والقيمة تثبت في الذِّمَّة بقدر الحقِّ، فلم يجز المصالحة عنها بأكثر منها من جنسها كالثَّابت عن قرضٍ؛ إذ الزَّائد لامقابل له فيكون حرامًا.

ويصحُّ الصلحُ عن مجهولٍ تعذَّر عِلمُه مِن دَيْنٍ وعينٍ بمعلومٍ[١]، فإن لم يَتعذَّرْ عِلمُه فكَبَراءةٍ مِن مجهولٍ[٢].

ونوقش: أنَّ المصالحة عن المتلف لا عن قيمته، ولأنَّه يتوسَّع في باب المصالحة؛ دفعًا للخلاف والشَّرِّ.

وعند شيخ الإسلام: تصحُّ المصالحة عن دية الخطأ وقيمة المتلف بأكثر منها من جنسها؛ لأنَّه يأخذه عوضًا عن المتلف لا عن القيمة، فكأنَّه عرضٌ بنقدٍ لا نقدٌ بنقدٍ، ولأنَّ القيمة بدلٌ عن المتلف، فالمتلف أصلٌ والقيمة فرعٌ، والمصالحة عن الأصل لا عن البدل. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٤٣، تبيين الحقائق ٥/ ٣٦، حاشية الخرشيِّ ٦/ ٢،أسنى المطالب ٢/ ٢١٤، المغني٧/ ٢٤، اختيارات شيخ الإسلام ٧/ ١٢٥].

(١) في حاشية العنقريِّ ٢/ ٢٠٠: (أمَّا الدَّين فكأن يكون بينهما معاملةٌ أو حسابٌ مضى عليه زمنٌ طويلٌ، ولا علم لكلٍّ منهما بما عليه لصاحبه، وأمَّا العين فكقفيز حنطةٍ وقفيز شعيرٍ اختلطا وطحنا.

قوله: بمعلومٍ: أي: من نقدٍ أو نسيئةٍ، فإن قيل: إذا كان العوض نسيئةً يكون بيع دَينٍ بدينٍ؟ قلت: الأمر كذلك، لكن ظاهر كلامهم أنَّ ما هنا مستثنًى) اهـ.

وفي كشَّاف القناع ٣/ ٣٩٦: (ولأنَّه إسقاط حقٍّ، فصحَّ في المجهول كالعتاق والطَّلاق، ولو قيل بعدم جوازه لأفضى إلى ضياع الحقِّ، والبيع قد يصحُّ في المجهول في الجملة كأساسات الحيطان).

(٢) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٩٦: (فإن أمكن معرفته أي: المجهول ولم تتعذَّر كتركةٍ موجودةٍ صولح بعض الورثة عن ميراثه منها، ولم يعرف كمِّيَّته لم يصحَّ الصُّلح في ظاهر نصوصه، وهذا ظاهر ما جزم به في الإرشاد وقطع به الشَّيخان والشَّرح؛ لعدم الحاجة إليها، وقدَّم في الفروع المبدع، واقتصر عليه في التَّنقيح

(فَصْلٌ)(١)

القسمُ الثاني: صلحٌ على إنكارٍ(٢)، وقد ذَكَره بقولِه: (وَمَنِ ادُّعِيَ عَلَيْهِ بِعَيْنٍ أَوْ دَيْنٍ، فَسَكَتَ(٣) أَوْ أَنْكَرَ وَهُوَ يَجْهَلُهُ)، أي: يجهلُ ما ادُّعِيَ به عليه، (ثُمَّ صَالَحَ) عنه (بِمَالٍ) حالٍّ أو مؤجَّلٍ؛ (صَحَّ)(٤) الصلحُ؛ لعمومِ قولِه ﷺ:

والمنتهى: أنَّه كبراءةٍ من المجهول، أي: إن قلنا بصحَّة البراءة من المجهول، قال في التَّلخيص: وقد نزَّل أصحابنا الصُّلح عن المجهول المقرِّ به بمعلومٍ منزلة الإبراء من المجهول، فيصحُّ على المشهور؛ لقطع النِّزاع، وظاهر هذا: لا فرق بين الدَّين والعين) اهـ.

(١) أي: في بيان القسم الثَّاني من قسمي الصُّلح على مالٍ، وما يتعلَّق به.

(٢) وهو جائزٌ عند جمهور أهل العلم، وهو المذهب، ويأتي.

(٣) وهو يجهل المدَّعى عليه به، ثمَّ يصالحه على مالٍ فيصحُّ الصُّلح، وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ للأدلَّة الواردة في صحَّة سكوت الإنكار كما يأتي.

وعند الشَّافعيَّة، وابن حزمٍ: لا يصحُّ الصُّلح على السُّكوت؛ لأنَّ جواز الصُّلح يستدعي حقًّا ثابتًا ولم يوجد في موضع السُّكوت؛ إذ السَّاكت يعدُّ منكرًا حكمًا.

(٤) فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: صحَّة صلح الإنكار؛ لما استدلَّ به المؤلِّف، ولعموم أدلَّة الأمر بالصُّلح كما تقدَّم في أوَّل الباب.

ولأنَّ الصُّلح إنَّما شرع للحاجة إلى قطع الخصومة، وهذا متحقِّقٌ عند الإنكار، قال ابن قدامة في المغني ٧/٦: (وكذلك إذا حلَّ مع اعتراف الغريم، فلأن يحلَّ مع جحده وعجزه عن الوصول إلى حقِّه إلَّا بذلك أولى).

«**الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ المُسْلِمِينَ، إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا**»، رواه أبو داودَ، والترمذي وقال: (حسنٌ صحيحٌ)، وصحَّحه الحاكمُ[1].

وعند الشَّافعيَّة، وابن حزم: (لا يصحُّ الصُّلح على الإنكار؛ لأنَّ المدَّعي إن كان كاذبًا فقد استحلَّ مال المدَّعى عليه وهو حرامٌ، وإن كان صادقًا فقد حرَّم على نفسه ماله الحلال؛ لأنَّه يستحقُّ جميع ما يدَّعيه، فدخل في قوله ﷺ: «إِلَّا صُلحًا أحلَّ حرامًا أو حرَّم حلالًا»).

قال ابن القيِّم في إعلام الموقِّعين ٣/ ٣٧٠: (قول من منع الصُّلح على الإنكار: إنَّه يتضمَّن المعاوضة عمَّا لا تصحُّ المعاوضة عليه، فجوابه: أنَّه افتداءٌ لنفسه من الدَّعوى واليمين، وتكليف إقامة البيِّنة، وليس هذا مخالفًا لقواعد الشَّرع، بل حكمة الشَّرع وأصوله تقتضي ذلك).

وبالقياس على ما لو أنكر الزَّوج الخلع ثمَّ تصالح مع زوجته على شيءٍ فلا يصحُّ، وعلى ما لو أنكر السَّيِّد الكتابة ثمَّ تصالح مع عبده على شيءٍ فلا يصحُّ. [انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٤١٨، الإشراف ٢/ ١٧، شرح الخرشيِّ ٦/ ٤، الأمَّ ٣/ ٢٢١، المهذَّب ١/ ٣٤٠، المبدع ٤/ ٢٨٥، شرح المنتهى ٢/ ٢٦٣].

(١) جاء من حديث أبي هريرة عند أبي داود (٣٥٩٤)، وتقدم تخريجه، ولفظه عند أبي داود: «الصلح جائز بين المسلمين» زاد أحد الرواة: «إلا صلحًا أحل حرامًا، أو حرم حلالًا» وزاد راوٍ آخر: وقال رسول الله ﷺ: «المسلمون على شروطهم»، وحسَّنه الألباني.

وجاء من حديث عمرو بن عوف عند الترمذي (١٣٥٢)، وابن ماجه (٢٣٥٣)، والحاكم (٧٠٥٩)، من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني، عن أبيه، عن جده مرفوعًا. وصححه الترمذي، ورواه الحاكم وسكت عنه.

وضعَّفه ابن القطان، وابن حجر، والألباني، وقال الذهبي: (واهٍ)، قال

ومَن ادُّعِيَ عليه بوديعةٍ، أو تَفريطٍ فيها، أو قراضٍ، فأنكر وصالَحَ على مالٍ؛ فهو جائِزٌ، ذَكَره في الشَّرحِ[١] وغيرِه.

(وَهُوَ)، أي: صلحُ الإنكارِ (لِلمُدَّعِي بَيْعٌ)[٢]؛ لأنَّه يَعتقِدُه عِوضًا عن مالِه، فلزِمَه حُكمُ اعتقادِه، (يَرُدُّ مَعِيبَهُ) أي: معيبَ ما أَخَذه مِن العِوضِ[٣]،

ابن الملقن: (بل واهٍ بمرة بسبب كثير هذا)، وذلك أن كثير بن عبد الله ضعيف جدًا، قال الشافعي: (من أركان الكذب)، وقال ابن حبان: (له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة)، وقال فيه ابن حجر في التقريب: (ضعيف أفرط من نسبه إلى الكذب).

وانتُقِد تصحيحُ الترمذي للحديث، حتى قال الذهبي: (وأما الترمذي فروى من حديثه: «الصلح جائز بين المسلمين»، وصححه، فلهذا لا يعتمد العلماء على تصحيح الترمذي)، واعتذر له ابن حجر فقال: (وكثير بن عبد الله ضعيف عند الأكثر، لكن البخاري ومن تبعه كالترمذي وابن خزيمة يقوون أمره).

وجاء موقوفًا على عمر عند البيهقي في معرفة السنن والآثار (١١٩٠٣) من طريق جعفر بن برقان، عن معمر البصري، عن أبي العوام البصري قال: كتب عمر إلى أبي موسى الأشعري، فذكر الحديث، وقال فيه: «والصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحًا أحلَّ حرامًا، أو حرَّم حلالًا». قال البيهقي: (وقد روي هذا من أوجه). [انظر: المجروحين ٢/ ٢٢١، بيان الوهم ٥/ ٢١١، ميزان الاعتدال ٣/ ٤٠٧، البدر المنير ٦/ ٦٨٧، فتح الباري ٤/ ٤٥١، التلخيص الحبير ٣/ ٦٤، تقريب التهذيب ص٤٦٠، الإرواء ٥/ ٢٥٠].

(١) [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ١٥٥].

(٢) له أحكام البيع.

(٣) أي: يردُّ المدَّعي معيب ما أخذه من العوض صلحًا عمَّا ادَّعاه بعيبٍ يجده في العوض كما يردُّ المبيع بذلك.

(وَيَفْسَخُ الصُّلْحَ)؛ كما لو اشترى شيئًا فَوَجَده مَعيبًا، (وَيُؤْخَذُ مِنْهُ) العِوضُ إن كان شِقْصًا (بِشُفْعَةٍ)؛ لأنَّه بيعٌ[١].

وإن صالحه ببعضِ عَينِ المدَّعَى به فهو فيه كمُنكرٍ[٢].

(وَ) الصلحُ (لِلآخَرِ) المنكِرِ (إِبْرَاءٌ)[٣]؛ لأنَّه دَفَع المالَ افتداءً ليمينِه، وإزالةَ الضَّررِ عنه[٤]، لا عِوضًا عن حقٍّ يَعتقِدُه[٥]، (فَلَا رَدَّ) لما صالَحَ عنه بعيبٍ يجِدُه فيه، (وَلَا شُفْعَةَ) فيه؛ لاعتقادِهِ أنَّه ليس بعِوضٍ[٦].

---

(١) فيعطى أحكام البيع؛ لكونه أخذ الشِّقص عوضًا فكما لو اشتراه.

(٢) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٩٨: (ولو دفع المدَّعى عليه المنكر إلى المدَّعي ما ادَّعاه أو بعضه مصالحًا به كان المدَّعي فيه كالمنكر، ولم يثبت فيه حكم البيع ولا الشُّفعة؛ لأنَّ المدَّعيَ يعتقد أنَّه أخذ ماله أو بعضه مسترجعًا له ممَّن هو عنده، فلم يكن بيعًا كاسترجاع العين المغصوبة).

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفيَّة: فصلح الإنكار في حقِّ المدَّعي بيعٌ، وفي حقِّ المدَّعى عليه إبراءٌ؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند المالكيَّة: قال ابن رشدٍ في بداية المجتهد ٢/ ٢٩٤: (وأمَّا الصُّلح على الإنكار فالمشهور فيه عن مالكٍ وأصحابه أنَّه يراعي فيه من الصِّحَّة ما يراعى في البيوع). [انظر: مجمع الأنهر ٢/ ٣٠٨، البحر الرَّائق ٧/ ٢٥٦، بداية المجتهد ٢/ ٢٩٤، المبدع ٤/ ٢٨٦، شرح المنتهى ٢/ ٢٦٤].

(٤) وقطعًا للخصومة، وصيانةً لنفسه عن التَّبذُّل وحضور مجلس الحاكم.

(٥) أي: حتَّى يثبت له حكم البيع، بل يعتقد أن لا حقَّ عليه، وإنَّما دفع الشَّرَّ عن نفسه بما بذله. [انظر: حاشية ابن قاسمٍ ٥/ ١٤٤].

(٦) لاعتقاده على ملكه لم يزل. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ١٥٤].

(وَإِنْ كَذَبَ أَحَدُهُمَا) في دعواه أو إنكارِه، وعَلِمَ بكذبِ نفسِه؛ (لَمْ يَصِحَّ) الصلحُ (فِي حَقِّهِ بَاطِنًا)(١)؛ لأنَّه عالمٌ بالحقِّ، قادرٌ على إيصالِه لمستحقِّه، غيرُ مُعتقدٍ أنَّه محقٌّ(٢)، (وَمَا أَخَذَهُ حَرَامٌ) عليه؛ لأنَّه أكْلٌ للمالِ بالباطلِ(٣).

وإن صالَحَ عن المنكِرِ أجنبيٌّ بغيرِ إذنِه؛ صحَّ(٤)، ولم يَرجعْ عليه(٥).

---

(١) وفي الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ١٥٤: (لأنَّ المدَّعيَ إن كان كاذبًا فما يأخذه أكلٌ للمال بالباطل أخذه بشرِّه وظلمه لا عوضًا عن حقٍّ...، وإن كان المدَّعى عليه يعلم صدق المدَّعي وجحده لينتقص حقَّه أو يرضيه عنه بشيءٍ فهو هضمٌ للحقِّ وأكل مالٍ بالباطل فيكون حرامًا، والصُّلح باطلٌ، وأمَّا الظَّاهر لنا فهو الصِّحَّة؛ لأنَّا لا نعلم باطن الحال إنَّما ينبني الأمر على الظَّاهر، والظَّاهر من حال المسلمين الصِّحَّة).

(٢) لأنَّ من شروط صحَّة الصُّلح كما تقدَّم أن يعتقد المدَّعي حقيقة ما ادَّعاه، والمدَّعى عليه عكسه.

(٣) أي: وما أخذه مدَّعٍ عالمٌ كَذِبَ نفسِه ممَّا صولح به، أو مدَّعًى عليه ما انتقصه من الحقِّ بجحده فهو حرامٌ؛ كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾.

(٤) أي: الصُّلح سواءٌ كان المدَّعي به دَينًا أو عينًا، وكَّلَه في الصُّلح عنه أم لا؛ لفعل عليٍّ وأبي قتادة إذ قضيا الدَّين عن الميِّت، وأقرَّهما النَّبيُّ ﷺ؛ ولأنَّه قصد براءته وقطع الخصومة عنه أشبه ما لو قضى دينه. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٣٨٦، شرح المنتهى ٢/ ٢٦٤].

(٥) لأنَّه أدَّى عنه ما لم يلزمه فكان متبرِّعًا كما لو تصدَّق عنه، فإن أذن المنكر للأجنبيِّ في الصُّلح أو الأداء عنه رجع عليه إن نوى الرُّجوع. [انظر: المصادر السَّابقة]، وانظر ما تقدَّم في آخر الرَّهن.

ويصحُّ الصلحُ عن قصاصٍ[١]، وسُكنى دارٍ[٢]، وعيبٍ[٣]، بقليلٍ وكثيرٍ.

(**وَلَا يَصِحُّ**) الصلحُ (**بِعِوَضٍ عَنْ حَدِّ سَرِقَةٍ، وَقَذْفٍ**)، أو غيرِهما[٤]؛ لأنَّه ليس بمالٍ، ولا يؤولُ إليه، (**وَلَا**) عن (**حَقِّ شُفْعَةٍ**)[٥]، ....

(١) باتِّفاق الأئمَّة، وسواءٌ كان العوض ماليًّا أو غير ماليٍّ؛ لأنَّ الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا للَّذي وجب له القصاص على هدبة بن خشرمٍ سبع دياتٍ ولم يقبلها.

ولأنَّ الحكمة من مشروعيَّة القصاص المحافظة على حياة النَّاس، واستئصال كلِّ ما من شأنه إثارة الفتن والأحقاد، وهذا يحصل بالصُّلح بين الجاني وأولياء المجنيِّ عليه. [انظر: بدائع الصَّنائع ٧/ ٢٥٠، درر الحكَّام ٢/ ٩٤، مغني المحتاج ٤/ ٤٩، شرح المنتهى ٢/ ٢٦٤].

(٢) أي: ويصحُّ الصُّلح عن سكنى دارٍ ونحوها كأن يبيع زيدٌ على عمرٍو داره، ويشترط سكناها سنةً فيصالحه عنها.

(٣) أي: يصحُّ الصُّلح عن عيبٍ في المبيع أو عوضه بقليلٍ أو كثيرٍ، من نقدٍ أو عرضٍ، مؤجَّلٍ أو حالٍّ.

(٤) كزنًا وشربٍ ليطلقه.

قال ابن القيِّم في إعلام الموقِّعين ١/ ١٠٨: (الحقوق نوعان: حقٌّ لله، وحقٌّ للآدميِّ، فحقُّ الله لا مدخل للصُّلح فيه كالحدود والزَّكوات والكفَّارات ونحوها، وإنَّما الصُّلح بين العبد وبين ربِّه في إقامتها لا في إهمالها؛ ولهذا لا يقبل بالحدود، وإذا بلغت السُّلطان فلعن الله الشَّافع والمشفِّع، وأمَّا حقوق الآدميِّين فهي الَّتي تقبل الصُّلح والإسقاط والمعاوضة).

(٥) المذهب، ومذهب الحنفيَّة، والشَّافعيَّة: لا يصحُّ الصُّلح، ولا يثبت العوض؛ لأنَّ الشُّفعة ليس بمالٍ، ولا يؤول مالًا بحالٍ، فالاعتياض عنه بمالٍ لا يجوز.

أو خيارٍ[(١)]؛ لأنهما لم يُشرَعا لاستفادةِ مالٍ، وإنما شُرِعَ الخيارُ للنَّظرِ في الأحظِّ، والشفعةُ لإزالةِ الضَّررِ بالشَّركةِ[(٢)]، (وَ) لا عن (**تَرْكِ شَهَادَةٍ**) بحقٍّ أو باطلٍ[(٣)].

وعند المالكيَّة: يجوز أخذ العوض في مقابل التَّنازل عن حقِّ الشُّفعة؛ لأنَّه حقٌّ آدميٌّ يتعلَّق بالمال، ولم يكن في المعاوضة عليه محذورٌ شرعيٌّ فلم يمنع من أخذ العوض عليه، وهذا هو الأقرب. [انظر: المصادر السَّابقة].

قال في الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٣/ ١٦٤: (وإن صالح سارقًا وكذا شاربًا ليطلقه، أو شاهدًا ليكتم شهادته، أو لئلَّا يشهد عليه، أو ليشهد بالزُّور، أو شفيعًا عن شفعته، أو مقذوفًا عن حدِّه؛ لم يصحَّ الصُّلح بلا نزاعٍ، وكذا لو صالحه بعوضٍ عن خيارٍ).

[وانظر أيضًا: بدائع الصَّنائع ٦/ ٤٨، المبدع ٤/ ٢٩٠، شرح المنتهى ٢/ ٢٦٦].

وفي القواعد والأصول الجامعة للسَّعديِّ ص ٦٩: (فيصح الصُّلح مع الإقرار بالحقِّ ومع إنكاره، ... وكذلك على الصَّحيح حقُّ الشُّفعة وخيار الشَّرط؛ لعموم هذا الحديث).

(١) وهذا المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند الحنفيَّة: يجوز، جاء في فتاوى قاضي خان: (لو صالح المشتري البائع صاحب الخيار على دراهم مسمَّاةٍ، أو على عرضٍ بعينه على أن يسقط الخيار ويمضي البيع جاز ذلك ويكون زيادةً في الثَّمن).

(٢) وفي كشَّاف القناع ٣/ ٤٠١: (فإذا رضي بالعوض تبيَّنَّا أن لا ضرر فلا استحقاق فيبطل العوض؛ لبطلان معوَّضه، نقل ابن منصورٍ: الشُّفعة لا تباع ولا توهب، وأمَّا الخلع فهو معاوضةٌ عما ملكه بعوضٍ، وهاهنا بخلافه).

(٣) بلا نزاعٍ كما تقدَّم عن الإنصاف.

(وَتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ) إذا صالَحَ عنها؛ لرِضاه بتَركِها، ويَرُدُّ العوضَ، (وَ) كذا حُكمُ (الحَدِّ) والخيارِ[1].

وإن صالحه على أنْ يُجْرِيَ على أرضِه أو سطحِه ماءً مَعلومًا؛ صحَّ؛ لدعاءِ الحاجةِ إليه[2]، ....

(١) وهذا هو المذهب؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وفي الإنصاف مع الشَّرح ١٣/ ١٦٥: (وقيل: لا تسقط - أي: الشُّفعة - اختاره القاضي وابن عقيلٍ...، ويأتي ذلك أيضًا في كلام المصنِّف في باب الشُّفعة في الشَّرط الثَّالث...

وأمَّا سقوط حدِّ القذف فأطلق المصنِّف فيه وجهين...، وهما مبنيَّان عند أكثر الأصحاب على أنَّ حدَّ القذف هل هو حقٌّ لله أو للآدميِّ؟ وفيه روايتان...، فإن قلنا: هو حقٌّ لله لم يسقط وإلَّا سقط.

والصَّحيح من المذهب: أنَّه حقٌّ للآدميِّ فيسقط الحدُّ هنا).

(٢) فالمذهب، وهو مقتضى قول الحنفيَّة، ومذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة: أنَّ الشَّخص يمنع من إجراء الماء في أرض غيره سواءٌ كان جارًا أم لا، لضرورةٍ أم لا؛ لحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنَّ رسول الله ﷺ قال: «لا يحلبنَّ أحدٌ ماشية أحدٍ إلَّا بإذنه»، متَّفقٌ عليه، فنهى النَّبيُّ ﷺ عن الانتفاع بمال الغير إلَّا بإذنٍ.

ولأنَّ إجراء الماء في أرض الجار كالحمل على بهيمته فلم يجز إلَّا بإذنٍ.

وفي روايةٍ عن الإمام مالكٍ، وأحمد، واختاره شيخ الإسلام: يجوز إجراء الماء في أرض الجار إذا كان المجري محتاجًا، ولم يكن في إجرائه ضررٌ على صاحب الأرض، فإن امتنع أجبر؛ لحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه مرفوعًا: «لا ضرر ولا ضرار»، فمَنْع الجار من الانتفاع بملك جاره مع حاجته ضررٌ عليه، ولإجبار عمر بن الخطَّاب رضي الله عنه محمَّد بن مسلمة على إجراء الماء في أرضه لجاره الضَّحَّاك بن خليفة، رواه مالكٌ في الموطَّأ بسندٍ صحيحٍ.

فإن كان بعوضٍ مع بقاءِ مِلكِه فإجارةٌ، وإلا فبيعٌ[١]، ولا يُشترطُ في الإجارةِ هنا بيانُ المدَّةِ؛ للحاجةِ[٢].

ولأنَّ المجاورة توجب لكلٍّ من الجارين من الحقِّ ما لا يجب للأجنبيِّ، فيباح الانتفاع بملك الجار الخالي عن ضرر الجار، وهذا هو الأقرب. [انظر: الخراج لأبي يوسف ص ١٠٠، المدوَّنة ٤/ ٣٧٥، المنتقى للباجيِّ ٦/ ٤٦، روضة الطَّالبين ٤/ ٢٢١، الفروع ٤/ ٢٧٢، الإنصاف ٥/ ٢٤٨، مجموع الفتاوى ٣٠/ ١٦، أحكام الجوار ٣٢٤].

(١) ويشترط في هذا الصُّلح:

أن يكون السَّطح معلومًا إمَّا بالمشاهدة أو معرفة المساحة؛ لأنَّ الماء يختلف بصغر السَّطح وكبره، ولا يمكن ضبطه بغير ذلك.

يشترط معرفة الموضع الَّذي يجري منه الماء إلى السَّطح أو إلى الأرض؛ دفعًا للجهالة. [انظر: المغني ٧/ ٢٧، كشَّاف القناع ٣/ ٤٠٢].

(٢) وهذا هو المذهب؛ لدعاء الحاجة إلى ذلك.

وعند الشَّافعيَّة: يشترط بيان قدر المدَّة إن كانت الإجارة مقدَّرةً بها. [انظر: المصادر السَّابقة للشَّافعيَّة والحنابلة].

مسألةٌ: وإذا كان السَّطح الَّذي يجري عليه الماء مستأجرًا أو عاريّةً من إنسانٍ لم يجز أن يصالح على إجراء الماء عليه؛ لأنَّه يتضرَّر بذلك، ولم يؤذن له فيه.

وأمَّا الأرض المستأجرة أو المعارة فلا تخلو من حالتين:

الأولى: أن يكون فيها ساقيةٌ محفورةٌ، فيجوز للمستعير أو المستأجر أن يصالح جار الأرض على إجراء الماء في السَّاقية؛ لعدم الضَّرر؛ بشرط أن يكون هذا الصُّلح في مدّةٍ لا تتجاوز الإجارة أو الإعارة.

الثَّانية: أن لا يكون ثمَّة ساقيةٌ، فعند الشَّافعيَّة والحنابلة: لا يجوز.

وذكر ابن قدامة احتمالًا بالجواز إذا لم يحتج إلى الحفر ولم يكن ضررٌ.

ويجوزُ شراءُ ممرٍّ في مِلكِه، وموضِعٍ في حائِطٍ يجعلُه بابًا، وبقعةٍ يحفِرُها بِئرًا، وعُلْوِ بيتٍ يَبني عليه بُنيانًا مَوصوفًا[١]، ويصحُّ فِعلُه صُلحًا أبدًا، وإجارةً مدةً معلومةً[٢].

(وَإِنْ حَصَلَ غُصْنُ شَجَرَتِهِ فِي هَوَاءِ غَيْرِهِ) الخاصِّ به أو المشتَرَكِ، (أَوْ) حَصَل غُصنُ شَجرتِه في (قَرَارِهِ)، أي: قرارِ غيرِه الخاصِّ أو المشتركِ، أي: في أرضِه، وطالَبَه بإزالةِ ذلك؛ (أَزَالَهُ) وجوبًا[٣]، إما بقَطْعِه أو لَيِّه إلى ناحيةٍ

[انظر: المصادر السَّابقة].

(١) وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٣/ ١٧٤: (ويجوز أن يشتريَ ممرًّا في دارٍ، وموضعًا في حائطه يفتحه بابًا، وبقعةً يحفرها بئرًا، وعُلْو بيتٍ يبني عليه بنيانًا موصوفًا بلا نزاعٍ).

وفي كشَّاف القناع ٣/ ٤٠٣: (لأنَّ ذلك نفعٌ مقصودٌ فجاز بيعه كالدُّور...، ومعنى «موصوفًا» أي: معلومًا).

(٢) في كشَّاف القناع ٣/ ٤٠٣: (ويصحُّ فعل ذلك صلحًا أبدًا أي: مؤبَّدًا وهو في معنى البيع، وفعله إجارةً معلومةً؛ لأنَّ ما جاز بيعه جازت إجارته).

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: أنَّه يلزم صاحب الأغصان إزالتها إذا طلب الجار ذلك؛ لحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «إنَّ دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرامٌ»، متَّفقٌ عليه، فانتفاع الإنسان بمال غيره لا يحلُّ إلَّا بطيب نفسٍ صاحبه، ومن ذلك إخراج الأغصان إلى ملك الجار.

ولأنَّ الهواء ملكٌ لصاحب القرار فوجب إزالة ما يشغله من ملك غيره كالقرار.

وذهب ابن الماجشون من المالكيَّة: إلى أنَّه إن كان الجدار سابقًا على هذه الأغصان فتقطع، وإن كانت هذه الأغصان سابقةً على الجدار لا تقطع؛ لأنَّ

أخرى[١]، (فَإِنْ أَبَى) مالِكُ الغُصنِ إزالتَه (لَوَاهُ) مالِكُ الهواءِ (إِنْ أَمْكَنَ، وَإِلَّا) يُمكِنْ (فَلَهُ قَطْعُهُ)[٢]؛ لأنَّه إخْلاءُ مِلكِه الواجبِ إخلاؤُهُ، ولا يَفتقِرُ إلى حاكِمٍ[٣]، ولا يجبرُ المالكُ على الإزالةِ؛ لأنَّه ليس مِن فعلِه[٤].

البانيَ بقرب الشَّجرة قد أخذ من حريمها، وهو يعلم أنَّ من شأن الشَّجرة الانتشار.

ونوقش: بأنَّ حريم الشَّجرة إنَّما يكون في داخل ملك صاحبها، أمَّا إذا تعدَّى إلى ملك غيره فلا حقَّ له في ذلك، وعلى هذا فالأقرب قول الجمهور. [انظر: المبسوط ٢٠/ ١٥٩، الشَّرح الكبير وحاشيته ٣/ ٣٧٠، مواهب الجليل ٥/ ١٦٥، الأمَّ ١/ ٣٤٣، المهذَّب ١/ ٣٣٥، روضة الطَّالبين ٤/ ٢٢٣، المحرَّر ١/ ٣٤٣، الفروع ٤/ ٢٧٦، الإنصاف ٥/ ٢٥٢].

(١) وسواءٌ أثّر ضررًا أو لا؛ ليخلي ملك الغير الواجب إخلاؤه؛ لأنَّ الهواء ملكٌ لصاحب القرار.

ويضمن ما تلف بالغصن بعد الطَّلب بإزالته؛ لصيرورته متعدِّيًا بإبقائه، ويأتي قريبًا. [انظر: تصحيح الفروع ٤/ ٢٧٦].

(٢) في كشَّاف القناع ٣/ ٤٠٤: (فإن أمكنه أي ربَّ الهواء إزالتها أي: الأغصان بلا إتلافٍ لها ولا قطع من غير مشقَّةٍ ولا غرامةٍ مثل أن يلويها ونحوه لم يجز له إتلافها كالبهيمة الصَّائلة إذا اندفعت بدون القتل، فإن أتلفها في هذه الحالة غرمها لتعدِّيه بها، وإن لم يمكنه إزالتها إلَّا بقطعٍ ونحوه فله ذلك ولا شيء عليه كالصَّائل إذا لم يندفع إلَّا بالقتل) اهـ.

(٣) أي: لا يفتقر إن أمكن ليه بلا مشقَّةٍ أو قطعه إلى حكم حاكمٍ.

(٤) كما لو لم يكن في ملكه، وعلى هذا لا يضمن ما تلف بها، قال في الإنصاف: (وهو الصَّحيح).

وقال ابن قدامة: ويحتمل أن يجبر على إزالته، ويضمن ما تلف به إذا أمر

وإن أتلَفَه مالِكُ الهواءِ مع إمكانِ لَيِّه؛ ضَمِنه[١].

وإن صالحه على بقاءِ الغُصنِ بعوضٍ؛ لم يجزْ[٢].

بإزالته فلم يفعل بناءً على ما إذا مال حائطه إلى ملك غيره على ما سنذكره إن شاء الله تعالى، وصحَّحه في تصحيح الفروع. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ١٧٦، الفروع مع تصحيحه ٤/ ٢٧٦].

(١) كما تقدَّم قريبًا.

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفيَّة؛ لأنَّ الأغصان إن كانت رطبةً فتزيد وتتغيَّر، وإن كانت يابسةً فتنقص، وربَّما ذهبت كلُّها فكيف يصالح على شيءٍ غير منضبطٍ؟!

وعلَّل الحنفيَّة: بأنَّ هذا تمليك جزءٍ من الهواء بعوضٍ، وهو غير معلومٍ في نفسه؛ إذ إنَّ السَّعف يطول بمضي الوقت.

وعند الشَّافعيَّة: تصحُّ المصالحة بعوضٍ عن الأغصان بشرط أن تكون يابسةً، وأن تكون معتمدةً على جدار الجار؛ لأنَّ الأغصان إن كانت يابسةً فالزِّيادة فيها تكون مأمونةً، ولا يصحُّ الصُّلح على غير ذلك.

ولأنَّها إذا لم تعتمد على جدار الجار يلزم منه إفراد الهواء بالعقد، والهواء لا يفرد بالعقد.

وعند بعض الشَّافعيَّة، وبه قال ابن عقيلٍ: يجوز المصالحة عن الأغصان بعوضٍ مطلقًا، قال ابن قدامة: (اللَّائق بمذهب أحمد صحَّته)؛ لأنَّ الحاجة داعيةٌ إلى الصُّلح عن هذه الأغصان لكثرتها في الأملاك المتجاورة، وفي القلع إتلافٌ وضررٌ.

ولأنَّ الزِّيادة المتجدِّدة في الأغصان الرَّطبة معفوٌّ عنها فهي كالسِّمن الحادث في المستأجر للرُّكوب، والمستأجر للغرفة يتجدَّد له الأولاد. [انظر: المبسوط ٢٠/ ١٥٩، روضة الطَّالبين ٤/ ٢٢٣، الهداية لأبي الخطَّاب ١/ ١٦١، المغني

وإن اتَّفقا على أن الثمرةَ بينهما، ونحوِه؛ صحَّ جائزًا[١].

وكذا حُكمُ عِرْقِ شجرةٍ حَصَل في أرضِ غيرِه[٢].

(وَيَجُوزُ فِي الدَّرْبِ النَّافِذِ فَتْحُ الأَبْوَابِ لِلاسْتِطْرَاقِ)[٣]؛ لأنَّه لم يَتعيَّنْ له مالِكٌ، ولا ضررَ فيه على المجتازِينَ.

١٨/٧، الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٢١].

(١) في كشَّاف القناع ٣/ ٥٠٤: (وإن اتَّفقا أي: ربُّ الهواء والأغصان على أنَّ الثَّمرة أي: ثمرة الأغصان الحاصلة بهواء الجار لصاحب الهواء أو أنَّ الثَّمر بينهما جاز الصُّلح؛ لأنَّه أسهل من القطع، ولم يلزم الصُّلح فلكلٍّ منهما إبطاله متى شاء؛ لأنَّه مجرَّد إباحةٍ من كلٍّ منهما لصاحبه...، وفي المبهج في الأطعمة: ثمرة غصنٍ في هواء طريقٍ عامٍّ للمسلمين، ومعناه لابن القيِّم في إعلام الموقِّعين) اهـ.

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول الجمهور: أنَّ العروق الحاصلة في ملك الجار تلحق بالأغصان في المنع منها؛ لما تقدَّم من أدلة المنع في الأغصان.

وعند المالكيَّة: أنَّ حكم العروق حكم الأغصان في المنع منها إذا حصل بها ضررٌ، فإن لم يكن ضررٌ فلا منع منها؛ لأنَّ الغالب في العروق عدم الضَّرر لحصولها تحت الأرض.

ونوقش: بأنَّ حصول العروق في ملك الجار يعدُّ تصرُّفًا في ملك الغير، وهو ممنوعٌ مطلقًا حصل ضررٌ أم لا، وعلى هذا فالأقرب القول الأوَّل. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٥/ ٤٠١، المعيار المعرب ٩/ ٤٧، مغني المحتاج ٢/ ١٩٢، قواعد ابن رجبٍ ص ٢٠٤].

ويجري فيها ما يجري في الأغصان من صلحٍ وغيره كما تقدَّم.

(٣) بالاتِّفاق، وعليه عمل المسلمين، ولأنَّ الحقَّ فيه لجميع المسلمين، وهو من جملتهم، ويأتي حكم إخراج الباب في الطَّريق الخاصِّ.

و(لَا) يجوزُ (إِخْرَاجُ رَوْشَنٍ)[١] على أطرافِ خشبٍ أو نحوِه مدفونةٍ في الحائطِ، (وَ) لا إخراجُ (سَابَاطٍ)[٢]، وهو: المستَوفي للطريقِ كلِّه على جِدارَين، (وَ) لا إخراجُ (دَكَّةٍ)[٣]، بفتحِ الدالِ، وهي: الدُّكانُ والمِصْطَبَّةُ - بكسرِ الميمِ -، (وَ) لا إخراجُ (مِيزَابٍ)[٤]، ولو لم يَضرَّ بالمارةِ، إلا أن يأذنَ إمامٌ أو نائبُه، ولا ضررَ؛ لأنَّه نائبُ المسلمين، فَجَرى مجرَى إذنِهم.

---

(١) وعبَّر بعض العلماء بجناحٍ، وهو: ما يوضع على أطراف خشبٍ أو أحجارٍ أو غيرها مدفونةٍ في الحائط، وأطرافها خارجةٌ إلى الطَّريق.

(٢) في المصباح ١/ ٢٦٤: (السَّاباط: سقيفةٌ تحتها ممرٌّ نافذٌ، والجمع سوابيط).

(٣) في المصباح ١/ ١٩٨: (الدَّكَّة: المكان المرتفع يجلس عليه، وهو المسطبَّة معرَّبٌ، والجمع دِكَكٌ مثل: قَصعةٍ وقِصَع، والدُّكَّان قيل: معرَّبٌ، ويطلق على الحانوت، وعلى الدَّكَّة الَّتي يقعد عليها).

(٤) إذا أراد أحدٌ أن يخرج إلى الطَّريق العامِّ جناحًا أو ميزابًا، أو نحو ذلك فلهذه المسألة حالتان:

الأولى: أن يكون في الإخراج ضررٌ على المارَّة، فيجب منع ذلك باتِّفاق الأئمَّة؛ لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار».

وقد اختلف الفقهاء في تقدير الضَّرر.

فعند المالكيَّة: لا بدَّ أن يرفع بناءه رفعًا بيِّنًا يجاوز رأس المارّ راكبًا.

وعند الشَّافعيَّة والحنابلة: يرجع إلى حال الطَّريق، فإن كان ضيِّقًا لا تمرُّ فيه القوافل والفوارس، فيرجع الجناح ونحوه، بحيث يمرُّ المارُّ تحته منتصبًا، وإن كانت القوافل والفوارس تمرُّ فيه فلا بدَّ من رفعه عاليًا بمقدار ما يمرُّ فيه المَحْمِل - وهو مجلس الهودج - مع الكنيسة وهي شيءٌ يشبه الهودج، وصفته أن يُغرز في المَحْمِل قضبانٌ ويُلقَى عليها ثوبٌ يستظلُّ به الرَّاكب فوقه على البعير.

. . . .

الحال الثَّانية: ألَّا يكون هناك ضررٌ:

قيل: لا يجوز - وذكر الحارثيُّ أنَّه المذهب المنصوص - إخراجُ الجناح والسَّاباط ونحوها مطلقًا أذن الإمام أم لا، وإن لم يكن ضررٌ؛ لأنَّ إخراج الجناح ونحوه بناءٌ في ملك غيرٍ بلا إذنه فلم يَجز، فكما لو أخرج ذلك في دربٍ غير نافذٍ بغير إذن أهله.

ونوقش: بعدم التَّسليم بكونه بناءً في ملك الغير، فإنَّه واحدٌ من العامَّة وهم أهل الطَّريق.

وعلَّلوا أيضًا: أنَّ الإحداث في الطَّريق العامِّ ينتج عنه أضرارٌ كثيرةٌ متوقَّعةٌ منها: إظلام الطَّريق وسدُّه، وربَّما سقط على المارَّة... إلخ.

ونوقش: بأنَّها أضرارٌ غير محقَّقة الوقوع.

وعند الحنفيَّة، وجمهور الحنابلة: إن أذن الإمام جاز الإخراج مطلقًا، فإن كان بغير إذن الإمام فيشترط عدم الضَّرر، ولكلٍّ واحد من أهل الخصومة ولو ذمِّيًّا منعه ومطالبته بنقضه أضرَّ أو لا؛ لأنَّ وضع الجناح بلا إذن الإمام افتياتٌ عليه، فجاز لكلٍّ واحدٍ أن ينكر عليه.

ونوقش: بأنَّه ليس افتياتًا على الإمام؛ لأنَّه مأذونٌ له شرعًا كالمرور فيه.

وعلَّلوا أيضًا: أنَّ المطالب بالمنع له حقُّ المرور فكان له حقُّ المنع كما في الملك المشترك.

ونوقش: بعدم التَّسليم، فليس له حقُّ المنع إلَّا مع الضَّرر للإذن في ذلك شرعًا.

وعند المالكيَّة والشَّافعيَّة واختاره شيخ الإسلام وابن القيِّم: أنَّه يجوز للإنسان أن يخرج الجناح ونحوه إلى الطَّريق العامِّ، أذن الإمام أو لا، ما لم يكن ضررٌ؛ لما روى عُبيد الله بن عبَّاسٍ ﵄ قال: «كان للعبَّاس ميزابٌ على طريق عمر بن الخطَّاب...، وفيه: فأمر بقلعه...، فأتاه العبَّاس فقال: والله

(وَلَا يَفْعَلُ ذلِكَ)، أي: لا يخرجُ رَوشنًا، ولا سَاباطًا، ولا دَكةً، ولا مِيزابًا (فِي مِلْكِ جَارٍ، وَدَرْبٍ مُشْتَرَكٍ) غيرِ نافِذٍ (بِلَا إِذْنِ المُسْتَحِقِّ)[1]، أي: الجارِ أو أهلِ الدَّربِ؛ لأنَّ المنعَ لحقِّ المستحقِّ[2]؛ فإذا رَضِيَ بإسقاطِه جاز.

إنَّه لَلْموضعُ الَّذي وضعه النَّبيُّ ﷺ...»، رواه أحمد والحاكم والبيهقيُّ، وإسناده ضعيفٌ. [انظر: التَّلخيص ٣/ ٤٥].

ولاتِّفاق النَّاس على إشراع الأجنحة والميازيب في جميع الأعصار من غير إنكارٍ، قال شيخ الإسلام: (إخراج الميازيب إلى الدَّرب النَّافذ هو السُّنَّة).

ولأنَّ الحاجة تدعو إلى إخراج الأجنحة والميازيب ونحوها؛ فإنَّه لا يمكن ردُّ مائه إلى داره، وهذا أقرب الأقوال. [انظر: الدُّرَّ المختار مع حاشيته ٦/ ٥٩٢، والتَّاج والإكليل ٥/ ١٧٢، المهذَّب ١/ ٣٣٤، حلية العلماء ٥/ ١١، الأحكام السُّلطانيَّة لأبي يعلى ص ٢٢٦، الشَّرح الكبير لابن قدامة ٣/ ١٧، قواعد ابن رجبٍ ص ٢٠٤، الإنصاف ٥/ ٢٥٥، وأحكام الجوار ص٢٤٢].

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: أنَّه لا يجوز لأحدٍ من أهل الطَّريق إخراج جناحٍ أو ساباط ونحوها إلَّا بإذن أهل الطَّريق؛ لأنَّ إخراج الجناح ونحوه بناءٌ على هواء ملك معيَّنين، وليس له التَّصرُّف بلا رضاهم.

وعند المالكيَّة: يجوز إحداث الجناح ونحوه إذا لم يكن ضررٌ ببقيَّة الشُّركاء؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ من أهل الطَّريق الخاصِّ له الارتفاق بقرار الطَّريق بالمرور فليكن له الارتفاق بإخراج الجناح ونحوه.

ونوقش: بوجود الفرق، فإنَّ الاستطراق لا يدوم بخلاف إخراج الجناح ونحوه، وعلى هذا فالأقرب قول الجمهور. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٢) وإن صالح عنه بعوضٍ جاز؛ لأنَّه حقٌّ لمالكه الخاصِّ فجاز أخذ العوض عنه، لكن يشترط معرفة مقدار العلو ونحو ذلك.

ويجوزُ نقلُ بابٍ في دربٍ غيرِ نافذٍ إلى أَوَّلِه بلا ضررٍ، لا إلى داخِلٍ إن لم يأذن مَن فوقَه، ويكونُ إعارةً[(١)].

---

(١) هذه المسألة لها حالتان:

الأولى: أن يكون الباب المراد تحويله أو إحداثه أقرب إلى أوَّل الطَّريق من الباب القديم.

فالمذهب، وهو مذهب الحنفيَّة: الجواز بشرط عدم الإضرار بأهل الطَّريق، كأن يقابل بابًا لجاره أو يلاصقه فيضيِّق عليه؛ لأنَّه يترك بعض حقِّه في الاستطراق، فإنَّ له الاستطراق إلى آخر الدَّرب فجاز.

وعند الشَّافعيَّة: لا يجوز إلَّا بإذن الشُّركاء، ولو سدَّ الباب الأصليَّ ثمَّ أراد فتح بابٍ آخر جاز بلا إذنٍ؛ لأنَّ انضمام الباب الثَّاني إلى الأوَّل يورث الزَّحمة وكثرة وقوف الدَّوابِّ فيتضرَّر بذلك أصحاب الطَّريق.

الثَّانية: أن يكون الباب المراد تحويله أو إحداثه أقرب إلى آخر الطَّريق من بابه الأصليِّ.

فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: لا يجوز إلَّا بإذن الشُّركاء؛ لأنَّه قدَّمه إلى موضعٍ ليس له الاستطراق فيه.

وفي قول الحنفيَّة وآخر للحنابلة: يجوز بلا إذن الشُّركاء بشرط عدم الضَّرر؛ لأنَّ من حقِّه جعل الباب ابتداءً في أيِّ موضعٍ شاء، فتركه في موضعٍ لا يسقط حقَّه. [انظر: فتاوى قاضي خان ٣/١١٧، تبصرة الحكَّام ٢/٢٥٦، مواهب الجليل ٥/١٦٧، مغني المحتاج ٢/١٨٥، الفروع ٤/٢٧٩، مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ٣٠/١١].

مسألةٌ: يجوز لكلِّ واحدٍ من أصحاب الطَّريق الخاصِّ فتح بابٍ فيه، لكن هل يجوز لغير أهله فتح بابٍ فيه إذا كان حائطه ملاصقًا للطَّريق الخاصِّ؟

فالمذهب، وهو قول الجمهور: المنع من ذلك إلَّا بإذن أهله؛ لأنَّه إذا فتح

وحَرُمَ أن يُحدِثَ بمِلكِه ما يضرُّ بجارِه؛ كحمَّامٍ ورَحًى وتنُّورٍ، وله منعُه(١)، ....

بابًا بغير رضاهم صار شريكًا لهم بغير حقٍّ.

وفي قولٍ عند المالكيَّة: يجوز بلا إذنٍ بشرط عدم الضَّرر. [انظر: المصادر السَّابقة].

وعند جمهور أهل العلم: يجوز فتح الباب للارتفاق به في الاستضاءة ونحوها خلافًا للمصحَّح عند الحنفيَّة. [انظر: المصادر السَّابقة].

ويكون إعارةً بكونها لازمةً إن أذنوا له، فإن سدَّه ثمَّ أراد فتحه لم يملكه إلَّا بإذنٍ متجدِّدٍ.

(١) فالمذهب ومذهب المالكية: أن الجار ليس له أن يتصرف في ملكه تصرفًا يضر جاره ضررًا معتبرًا، وللجار منعه؛ لحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه مرفوعًا: «لا ضرر ولا ضرار».

وعند متأخِّري الحنفيَّة: أنَّ الجار يمنع من الضَّرر الفاحش أو البيِّن، دون ما عداه من الضَّرر فلا يمنع منه؛ لأنَّ القياس أنَّ للمالك أن يتصرَّف في ملكه لكن منع من الضَّرر الفاحش استحسانًا.

وعند متأخِّري الحنفيَّة وبه قال الشَّافعيَّة وابن حزم: أنَّ الإنسان لا يمنع من التَّصرُّف في ملكه ولو أضرَّ بجاره؛ لعدم ورود نصٍّ يقيِّد تصرُّفات المالك إذا كانت في خالص ملكه.

ونوقش: بالمنع لورود النَّصِّ كما في حديث أبي سعيدٍ.

ولأنَّ الجار إذا منع من التَّصرُّف في ملكه لتضرُّر الجيران فهو من أعظم الضَّرر، والضَّرر لا يزال بالضَّرر، وكما لو خبز أو طبخ في داره.

ونوقش: بأنَّ تصرُّف الجار لم يبق في دائرة ملكه، بل تعدَّى إلى جاره، وأمَّا ما يحصل من دخان الطَّبخ والخبز فقياسٌ مع الفارق إذ ضرره يسيرٌ تدخله

كدَقٍّ وَسقْيٍ يَتعدَّى(١).

وحَرُمَ أن يتصرَّفَ في جدارِ جارٍ أو مُشتركٍ، بفَتْحِ طاقٍ(٢)، أو ضَرْبِ وَتِدٍ(٣) ونحوِه(٤) إلَّا بإذنِه.

(وَلَيْسَ لَهُ وَضْعُ خُشُبِهِ عَلَى حَائِطِ جَارِهِ) أو حائِطٍ مُشتركٍ (إِلَّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ)، فيجوزُ (إِذَا لَمْ يُمْكِنْهُ التَّسْقِيفُ إِلَّا بِهِ)، ولا ضررَ(٥)؛ ....

المسامحة، وعلى هذا فالأقرب قول الحنابلة. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٢٦٤، حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٣٧٠، روضة الطَّالبين ٥/ ٢٨٥، نهاية المحتاج ٥/ ٣٣٧، المغني ٧/ ٥٢، المحلَّى ٨/ ٢٤١، وأحكام الجوار ص٢٥٤].

وأمَّا الضَّرر القديم فلا يمنع منه، وعليه جمهور أهل العلم خلافًا لمتأخِّري الحنفيَّة؛ لأنَّ قدم الضَّرر يدلُّ على أنَّه مستحقٌّ فلا يمنع منه، فجرى مجرى اليد الثَّابتة. [انظر: المصادر السَّابقة، مغني المحتاج ٢/ ١٨٨، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٣٠/ ٧].

(١) أي: وله منعه ممَّا ذكر، كما له منعه من دقٍّ نحو حدادة، وسقي يتعدَّى ضرره إلى حائط جاره، وكذا حفر كنيفٍ إلى جنب حائط جاره، وحفر بئر ينقطع بها ماء بئره ونحو ذلك.

(٢) الطَّاق: ما عطف من الأبنية، وكالمحراب، وكذا فتح روزنةٍ بلا إذن مالكه أو شريكه؛ لأنَّه انتفاع بملك غيره بما له قيمةٌ.

(٣) ما يغرز في الأرض أو الحائط من خشبٍ وغيره.

(٤) كجعل رفٍّ بلا إذن شريكه، وإن صالحه على ذلك بعوضٍ جاز.

(٥) فالمذهب: أنَّ للجار أن يضع خشبةً على جدار جاره ويجبره الحاكم على ذلك بشرطين:

أن يكون لضرورةٍ بأن لا يمكن التَّسقيف بدونه.

أن لا يحصل ضررٌ على جدار الجار كتهدُّمه ووهنه، ولا يشترط إذن الجار؛

. . . .

لما استدلَّ به المؤلِّف، ولأنَّ هذا انتفاعٌ بحائط الجار على وجهٍ لا يضرُّ به أشبه الاستناد إليه والاستظلال به.

وعند أبي حنيفة، ومالكٍ، والشَّافعيِّ في الجديد: الجار ليس له وضع خشبةٍ على جدار جاره إلَّا بإذن جاره ورضاه، وإن امتنع لم يجبر؛ لحديث جابرٍ ﷺ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «إنَّ دماءكم وأموالكم عليكم حرامٌ»، متَّفقٌ عليه.

ونوقش: بتخصيص حديث أبي هريرة من هذا الحديث.

واستدلُّوا أيضًا: بحديث أبي هريرة ﷺ مرفوعًا: «لا يمنع جارٌ جاره أن يغرز خشبةً في جداره . . .»، الحديث.

فالنَّهي في الحديث للاستحباب لقول أبي هريرة ﷺ: «ما لي أراكم عنها معرضين»، فيدلُّ على أنَّ العمل في ذلك العصر خلاف ما ذهب إليه أبو هريرة؛ لأنَّ هذا الأمر لو كان واجبًا لما جهل الصَّحابة تأويله وما أعرضوا عن أبي هريرة لـمَّا حدَّثهم به.

ونوقش: بما ذكر ابن حجرٍ: (وما أدري من أين له - أي: المخالف - أنَّ المعرضين كانوا صحابةً. . .، ولم لا يجوز أن يكون الَّذين يخاطبهم أبو هريرة غير فقهاء؟ بل هو المتعيِّن).

ولأنَّ وضع الخشب على جدار الجار انتفاعٌ بملك غيره من غير ضرورةٍ فلم يجز كزراعته في ملكه وبنائه في أرضه.

ونوقش: بالفرق، فوضع الخشب تدعو الحاجة إليه بلا ضررٍ، بخلاف الزِّراعة والبناء.

وذهب بعض أهل العلم: أنَّ للجار وضع الخشب مع الحاجة، لكن لابدَّ من الاستئذان، ولا يملك المنع مع الاستئذان، ويملكه مع عدمه؛ لحديث أبي هريرة ﷺ مرفوعًا: «إذا استأذن أحدكم أخاه أن يغرز خشبةً في جداره فلا يمنعه. . .»، رواه أحمد، وأبو داود، وابن ماجه، وصحَّحه أحمد شاكر في تحقيق المسند

لحديثِ أبي هريرةَ يرفعُه: «لَا يَمْنَعَنَّ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَضَعَ خَشَبَه عَلَى جِدَارِهِ»، ثم يقولُ أبو هريرةَ: (ما لي أراكم عنها مُعرِضِين، واللهِ لأرمينَّ بها بين أكتافِكُم)، متفقٌ عليه[1].

(وَكَذَلِكَ) حائطُ (المَسْجِدِ وَغَيْرِهِ)؛ كحائطِ نحوِ يتيمٍ، فيجوزُ لجارِه وَضْعُ خُشُبِه عليه إذا لم يُمكِنْ تَسقيفٌ إلا به بلا ضَررٍ[2]؛ لما تقدَّم[3].

(وَإِذَا انْهَدَمَ جِدَارُهُمَا) المشترَكُ، أو سقفُهُما، (أَوْ خِيفَ ضَرَرُهُ) بسقوطِه، (فَطَلَبَ أَحَدُهُما أَنْ يَعْمُرَهُ الآخَرُ مَعَهُ؛ أُجْبِرَ عَلَيْهِ) إن امتنع[4]؛ ....

١٩/ ٨٨. [انظر: فتاوى قاضي خان ٣/ ١٠٨، المنتقى ٦/ ٤٣، التَّاج والإكليل ٥/ ١٧٤، المهذَّب ١/ ٣٣٥، مغني المحتاج ٢/ ١٨٧، الشَّرح الكبير لابن قدامة ٣/ ٢٠، فتح الباري ٥/ ١١٠، نيل الأوطار ٦/ ٣٥٨، وأحكام الجوار ص٢١١].

(١) رواه البخاري (٢٤٦٣)، ومسلم (١٦٠٩).

(٢) أي: وكجدار الجار حائط المسجد واليتيم ونحوه كمجنونٍ ومكاتبٍ ووقفٍ ليس له وضع خشبةٍ على حائطه إلَّا إذا لم يمكن جاره تسقيفه إلَّا بوضع خشبةٍ عليه بلا ضررٍ كالطِّلق.

(٣) من الدَّليل أو التَّعليل على جوازه بشرطه، وإن خيف سقوط الحائط بعد وضع الخشب لزم إزالته، وإن صالح عن شيءٍ ممَّا تقدَّم بعوضٍ جاز.

وفي كشَّاف القناع ٣/ ٤١١: (وله الاستناد إلى جدار جاره أو المشترك، وإسناد شيءٍ لا يضرُّ، والجلوس في ظلِّه، ونظره في ضوء سراجه بلا إذنٍ؛ لأنَّ هذا لا مضرَّة فيه، والتَّحرُّز منه يشقُّ.

قال الشَّيخ: العين والمنفعة الَّتي لا قيمة لها عادةً لا يصحُّ أن يَرِدَ عليها عقد البيع ولا عقد إجارةٍ اتِّفاقًا).

(٤) وهذا هو المذهب، وهو روايةٌ عن الإمام مالكٍ، وقول الشَّافعيِّ في القديم؛ لحديث أبي سعيدٍ مرفوعًا: «لا ضرر ولا ضرار».

لقولِه ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ[(١)]» ....

ولأنَّ عمارة الحائط فيها إنفاقٌ مشتركٌ يزول به الضَّرر عنهما فيجبر عليه كالإنفاق على العبد، وكما يجبر على القسمة.

وفي روايةٍ عن مالكٍ وهو قول الشَّافعيِّ الجديد: أنَّه لا يجبر؛ لأنَّ عمارة الحائط المشترك إنفاقٌ على ملك لو انفرد به لم يجب، فإذا اشتركا لم يجب كزراعة الأرض.

وعند الحنفيَّة: إن كان الجدار عليه حمولةٌ من بناءٍ أو جذوعٍ أجبر الشَّريك على البناء مع شريكه؛ لأنَّ ترك البناء يُلحق الضَّرر بالشَّريك بتعطيل منافع الحائط، وإن لم يكن عليه بناءٌ أو جذوعٌ لم يجبر، إذا كانت العرصة الَّتي عليها الجدار عريضةً يمكن قسمها؛ لعدم الضَّرر، فإن لم يمكن قسمها أجبر. [انظر: المبسوط ١٧/ ٩٣، الكافي لابن عبد البرِّ ص ٤٩١، مواهب الجليل ٥/ ١٥٠، المهذَّب ١/ ٣٣٦، حلية العلماء ٥/ ١٩، الشَّرح الكبير لابن قدامة ٣/ ٢٢، الكافي لابن قدامة ٢/ ٢١٥].

مسألةٌ: وإذا انهدم الجدار بفعل أحد الشَّريكين أن يكون الهدم لغير ضرورةٍ، فجمهور أهل العلم وهو المذهب: أنَّه يجبر على إعادته؛ لأنَّه هدم ملك غيره بلا موجبٍ.

وعند الشَّافعيَّة: يلزمه غرامة نقضه، ولا يلزم إعادة البناء؛ لأنَّ الجدار ليس مثليًّا فلا يجبر على إعادته. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) اختلف العلماء في معنى حديث: «لا ضرر ولا ضرار»، هل تكرار الكلمتين من باب التَّوكيد، أو بينهما اختلاف في المعنى؟

القول الأوَّل: أنَّ المعنى واحدٌ، وتكرارهما يراد به التَّوكيد، ذكره بعض الحنفيَّة، واختاره ابن حبيبٍ من المالكيَّة.

القول الثَّاني: الضَّرر: فعل الواحد، والضِّرار: أن يضرَّ كلٌّ واحدٍ منهما

... [(١)]، ....

بصاحبه، وهذا اختيار بعض الحنفيَّة، والباجي من المالكيَّة، وذكره بعض الشَّافعيَّة.

القول الثَّالث: الضَّرر: أن يضرَّ نفسه، والضِّرار: أن يضرَّ غيره، اختاره بعض الشَّافعيَّة، فيؤخذ من هذا الأقوال حكمان:

الأوَّل: أنَّه لا يجوز الإضرار ابتداءً.

الثَّاني: لا يجوز الضَّرر بمثله، وهو الضِّرار. [انظر: العناية شرح الهداية ١٠/ ٣٠٧، المنتقى للباجيِّ ٦/ ٣٩، حاشيتي قليوبيٍّ وعميرة ٤/ ٢٢٧].

(١) قال الألباني: (روي من حديث عبادة بن الصامت، وعبد الله بن عباس، وأبي سعيد الخدري، وأبي هريرة، وجابر بن عبد الله، وعائشة بنت أبي بكر الصديق، وثعلبة بن أبي مالك القرظي، وأبي لبابة ﷺ).

الأول: حديث عبادة ﷺ: رواه أحمد (٢٢٧٧٨)، وابن ماجه (٢٣٤٠) من طريق موسى بن عقبة، حدثنا إسحاق بن يحيى بن الوليد، عنه مرفوعًا. أعله ابن رجب والبوصيري وابن حجر بالانقطاع، لعدم سماع إسحاق من عبادة كما قال الدارقطني وغيره، وأعله الألباني أيضًا بجهالة إسحاق، قال في التقريب: (مجهول الحال).

الثاني: حديث عكرمة عن ابن عباس ﷺ: رواه أحمد (٢٨٦٥)، وابن ماجه (٢٣٤١)، من طريق جابر الجعفي عنه، والجعفي متهم، ورواه الطبراني (١١٥٧٦)، من طريق داود بن الحصين عنه، قال ابن رجب: (وروايات داود عن عكرمة مناكير). ورواه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية (٤/ ٣٨٤) من طريق سماك عنه، وسماك صدوق، وفي روايته عن عكرمة اضطراب.

الثالث: حديث أبي سعيد الخدري ﷺ: رواه الدارقطني (٣٠٧٩)، والحاكم (٢٣٤٥)، والبيهقي (١١٣٨٤)، من طريق عثمان بن محمد بن عثمان بن ربيعة بن أبي عبد الرحمن، حدثنا عبد العزيز بن محمد الدراوردي، عن عمرو بن

....

يحيى المازني، عن أبيه عنه. قال البيهقي: (تفرد به عثمان بن محمد)، وقال الحاكم: (صحيح على شرط مسلم)، ووافقه الذهبي، ووهَّمهما الألباني، وذلك أن عثمان هذا لم يخرج له مسلم، وهو ضعيف كما في ميزان الاعتدال.

ورواه مالك (٢٧٥٨)، عن عمرو بن يحيى المازني، عن أبيه مرفوعًا. وهذا مرسل، وصوبه ابن عبد الهادي، وابن رجب، والألباني.

الرابع: حديث أبي هريرة ﷺ: رواه الدارقطني (٤٥٤٢)، من طريق ابن عطاء، عن أبيه عنه مرفوعًا. ويعقوب بن عطاء ضعيف كما قال ابن رجب.

الخامس: حديث جابر ﷺ: رواه الطبراني في الأوسط (٥١٩٣)، من طريق محمد بن إسحاق، عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان عنه مرفوعًا. وفيه عنعنة محمد بن إسحاق وهو مدلس، واستغرب ابن رجب الإسناد، وقد رواه أبو داود في المراسيل (٤٠٧)، عن واسع مرسلًا، قال ابن رجب: (وهو أصح).

السادس: حديث عائشة ﷺ: رواه الدارقطني (٤٥٣٩)، وفي إسناده الواقدي وهو متهم، ورواه الطبراني في الأوسط (٢٦٨)، وفيه أحمد بن رشدين، قال ابن عدي: (كذبوه)، قال ابن رجب: (وخرَّجه الطبراني من وجهين ضعيفين أيضًا عن القاسم عن عائشة).

السابع: حديث ثعلبة ﷺ: رواه الطبراني (١٣٨٧)، وفيه إسحاق بن إبراهيم الصواف، قال في التقريب: (لين الحديث).

الثامن: حديث أبي لبابة ﷺ: رواه أبو داود في المراسيل (٤٠٧)، من طريق واسع بن حبان عنه. قال ابن حجر: (وهو منقطع بين واسع ولبابة).

قال ابن حزم: (هذا خبر لا يصح؛ لأنه إنما جاء مرسلًا)، وقال ابن عبد البر: (ولا يستند من وجه صحيح)، وقال ابن رجب: (قال خالد بن سعد الأندلسي الحافظ: لم يصح حديث: «لا ضرر ولا ضرار» مسندًا).

فإن أَبَى أَخَذَ حاكمٌ مِن مالِه وأنفق عليه(١).

وإن بناه شَريكٌ شركةً بنيةِ رجوعٍ رَجَع(٢).

(وَكَذَا النَّهْرُ، وَالدُّولَابُ، وَالقَنَاةُ) المشتركَةُ إذا احتاجت لعِمارةٍ(٣)، ولا يُمنَعُ شَريكٌ مِن عِمارةٍ(٤)، فإن فَعَل فالماءُ على الشَّركةِ.

قال ابن رجب: (وقد ذكر الشيخ ﷺ- يعني: النووي - أن بعض طرقه تقوى ببعض، وهو كما قال)، ونقل عن ابن الصلاح أنه قال: (ومجموعها يقوي الحديث ويحسنه، وقد تقبله جماهير أهل العلم، واحتجوا به، وقول أبي داود: إنه من الأحاديث التي يدور الفقه عليها يشعر بكونه غير ضعيف)، وقال الألباني: (فهذه طرق كثيرة لهذا الحديث قد جاوزت العشر، وهي وإن كانت ضعيفة مفرداتها فإن كثيرًا منها لم يشتد ضعفها، فإذا ضم بعضها إلى بعض تقوى الحديث بها وارتقى إلى درجة الصحيح إن شاء الله تعالى)، وذكر ابن رجب أن الإمام أحمد قد استدل به. [انظر: المحلى ٧/ ٨٥، التمهيد ٢٠/ ١٥٨، تنقيح التحقيق ٥/ ٦٨، جامع العلوم والحكم ٢/ ٢٠٦، مصباح الزجاجة ٣/ ٤٨، الإرواء ٣/ ٤٠٨].

(١) بقدر حصَّته، أو باع من عرض الممتنع وأنفق، وإن تعذَّر اقترض عليه.

(٢) بقدر حصَّته؛ لأنَّه قام عنه بالواجب، وكذا إن كان بإذن الحاكم أو الشَّريك. [وانظر: آخر الرَّهن تقريبًا].

(٣) أي: وكالجدار المشترك على ما تقدَّم: النَّهر والدُّولاب تديره الدَّوابُّ، والقناة وهي أبيارٌ متواليةٌ يجري ماء بعضها إلى بعضٍ إذا احتاجت إلى عمارةٍ أو كَرْيٍ أو تنظيفٍ أو إصلاحٍ يجبر الممتنع، والنَّفقة على حسب ملكهم فيه.

(٤) في كشَّاف القناع ٣/ ٤١٥: (وليس لأحدهم منع صاحبه من عمارته إذا أرادها كالحائط، فإن عمره أحدهم فالماء بينهم على الشَّركة، ولا يختصُّ به المعمر؛ لأنَّ الماء ينبع من ملكيهما، وإنَّما أثر أحدهما في نقل الطِّين منه،

وإن أعطى قومٌ قَناتَهُم أو نحوَها لمن يَعمُرُها، وله منها جزءٌ معلومٌ؛ صحَّ(١).

ومَن له عُلوٌ لم يَلزَمْه عمارةُ سُفلِهِ إذا انهدم، بل يجبرُ عليه مالِكُهُ(٢)،

وليس له فيه عين مالٍ، والحكم في الرُّجوع بالنَّفقة كما تقدَّم في الحائط، فإن كان بعض الشُّركاء في النَّهر أقرب إلى أوَّله من بعض الشُّركاء اشترك الكلُّ في كَرْيِهِ،أي: تنظيف النَّهر ونحوه، وفي إصلاحه حتَّى يصلوا إلى الأوَّل، ثمَّ إذا وصلوا إلى الأوَّل فلا شيء على الأوَّل؛ لأنَّها استحقاقه؛ لأنَّه لا حقَّ له فيما وراء ذلك، ويشترك الباقون حتَّى يصلوا إلى الثَّاني ثمَّ لا شيء عليه، ويشترك مَن بعد الثَّاني إلى أن ينتهوا إلى الثَّالث، ثمَّ لا شيء عليه، وهكذا كلَّما انتهى العمل إلى موضع واحدٍ منهم لم يكن عليه فيما بعده شيءٌ؛ لأنَّه لا ملك له فيما وراء موضعه).

(١) أي: وإن أعطى قومٌ قناتهم ونحوها كنهرهم وبئرهم لمن يعمرها سواءٌ عجزوا عن عمارتها، أو لا بجزءٍ معلومٍ كنصفٍ وثلثٍ وربعٍ صحَّ كغزلٍ لمن ينسجه بسهمٍ منه.

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكيَّة؛ لأنَّ ترك بناء السُّفل إضرارٌ بصاحب العُلْوِ فيجبر على البناء كما يجبر على القسمة للجدار إذا طلبها أحدهما، وعلى النَّقض إذا خيف سقوطه عليهما؛ لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار».

ونوقش: لا يسلَّم بأنَّ ترك البناء إضرارٌ بصاحب العلو فإنَّ الضَّرر حصل بانهدامه، وإنَّما تَرْك البناء تركٌ لما يحصل به النَّفع، والضَّرر بالإلزام بالبناء وقد لا ينتفع به، والضَّرر لا يزال بالضَّرر.

وعند الحنفيَّة والجديد عند الشَّافعيَّة: لا يجبر صاحب السُّفل على إعادة البناء؛ لأنَّ الإنسان لا يجبر على عمارة ملكه، ولأنَّه غير متعدٍّ، وكما لا يجبر على زرع الأرض المشتركة؛ لما فيه من الضَّرر عليه بتكليفه العمارة، وهذا هو

ويَلزَمُ الأعلى سُترةٌ تمنَعُ مُشارفَةَ الأسفلِ(١)، فإن استويا اشتركا(٢).

الأقرب. [انظر: فتح القدير ٧/ ٣٢٢، مواهب الجليل ٥/ ١٤٧، روضة الطَّالبين ٤/ ٢١٦، المغني ٧/ ٤٨].

(١) فيلزم الأعلى البناء، وسدَّ الطَّاقات والكُوى الَّتي في ملكه، وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لحديث أبي سعيدٍ مرفوعًا: «لا ضرر ولا ضرار»، ولما روي عن أبي هريرة ﷺ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «لو أنَّ امرأً اطَّلع عليك بغير إذنٍ فحذفته بحصاةٍ ففقأت عينه لم يكن عليك جناح»، رواه البخاريُّ ومسلمٌ.

فالإشراف على الجار ينتج عنه كشفه والاطِّلاع على حرمات بيته، فأشبه ما لو اطَّلع عليه من خصاص بابه.

وعند أكثر الشَّافعيَّة وابن حزمٍ: أنَّ الجار لا يمنع من اتِّخاذ ما يشرف على جاره من كوًى وأبوابٍ وغيرها.

أمَّا الاطِّلاع نفسه فمحرَّمٌ؛ لما تقدَّم من حديث أبي هريرة ﷺ.

واستدلُّوا: بما رواه أسامة بن زيدٍ ﷺ قال: «أشرف النَّبيُّ ﷺ على أُطُمٍ من آطام المدينة، ثمَّ قال:هل ترون ما أرى؟ إنِّي أرى مواقع الفتن خلال بيوتكم كمواقع القطر»، رواه البخاريُّ.

فالنَّبيُّ ﷺ أشرف على بيوت المدينة، فيدلُّ ذلك على جواز اتِّخاذ الغرفة المشرفة على الجار، وعلى الجار ستر نفسه، إذا لم يأمن على نفسه. [انظر: فتح الباري ٥/ ١١٦].

ونوقش: بأنَّه لا يمنع من التَّصرُّف في ملكه إلَّا إذا ترتَّب عليه ضررٌ؛ لحديث أبي سعيدٍ، وعلى هذا فالأقرب قول المذهب. [انظر: المبسوط ١٥/ ٢١، تبصرة الحكَّام ٢/ ٣٧٩، نهاية المحتاج ٤/ ٤٠٤، مغني المحتاج ٢/ ١٨٦، الشَّرح الكبير لابن قدامة ٣/ ٢٥، الإنصاف ٥/ ٢٦١].

(٢) أي: فإن استويا في العلو اشتركا في بناء السِّترة.

(بَابُ الحَجْرِ)(١)

وهو في اللغةِ: التَّضييقُ والمنعُ، ومنه سُمِّيَ الحرامُ والعقلُ: حِجْرًا(٢).

وشرعًا: منعُ إنسانٍ مِن تصرُّفِه في مالِه(٣).

---

(١) أي: هذا بابٌ يذكر فيه أحكام الحجر على الشَّخص لحقِّ غيره، أو لحقِّ نفسه، ومن لا حجر عليه، وما يتعلَّق بذلك.

والأصل فيه: قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾، وقوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ﴾.

ويأتي أنَّ النَّبيَّ ﷺ حجر على معاذٍ رضي الله عنه.

وقال ابن المنذر في الإجماع ص ١٢٥: (وأجمعوا أنَّ الحجر يجب على كلِّ مضيِّعٍ لماله، من صغيرٍ وكبيرٍ، وانفرد النُّعمان وزفر فقالا: لا يحجر على الحرِّ البالغ).

(٢) أي: سمِّي الحرام حجرًا كما في قوله تعالى: ﴿وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَّحْجُورًا﴾، أي: حرامًا محرَّمًا؛ لأنَّه ممنوعٌ منه.

وسمِّي العقل حجرًا كما في قوله تعالى: ﴿هَلْ فِى ذَٰلِكَ قَسَمٌ لِّذِى حِجْرٍ ۝٥﴾، أي: عقلٍ؛ لأنَّه يمنع صاحبه من تعاطي ما يقبح، وتضرُّ عاقبته. [انظر: المطلع ص ٢٥٤].

(٣) أو في ماله وذمَّته.

وفي المطلع ص ٢٥٤: (وهو أنواعٌ: أحدها: الحجر على الصَّبيِّ، والثَّاني على المجنون، والثَّالث: على السَّفيه، والرَّابع: على المفلس لحقّ الغرماء، والخامس: الحجر على المريض في التَّبرُّع لوارثٍ، أو لأجنبيٍّ بزيادةٍ على الثُّلث، والسَّادس: الحجر على المكاتب والعبد لحقِّ سيِّدهما، والسَّابع: الحجر على

وهو ضربان: حَجرٌ لحقِّ الغيرِ؛ كعلَى مُفلِسٍ[(١)]، ولحقِّ نفسِه؛ كعلَى نحوِ صغيرٍ[(٢)].

(وَمَنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى وَفَاءِ شَيْءٍ مِنْ دَيْنِهِ[(٣)] لَمْ يُطَالَبْ بِهِ[(٤)]، وَحَرُمَ حَبْسُهُ)[(٥)] وملازمتُه؛ ....

الرَّاهن في الرَّهن لحقِّ المرتهن، والثَّامن: المرتدُّ يحجر عليه لحقِّ المسلمين).

والمراد هنا: الحجر على المفلس، وعلى نحو صغيرٍ كما سيأتي، وغيره يذكر في مواضعه.

(١) المفلس: من لا مال له، ولا ما يدفع به حاجته، وسمِّي مفلسًا؛ لأنَّه لا مال له إلَّا الفلوس، وهي أدنى أنواع المال.

والمراد به هنا: مَن دَينه أكثر من ماله، فهو من لا يفي ماله بدينه. [انظر: حاشية العدويِّ ٥/ ٢٦٢، تحفة المحتاج ٥/ ١١٩، المطلع ص٢٥٤].

(٢) وسفيهٍ، ومجنونٍ، والحجر عليهم أعمُّ، فلا يصحُّ تصرُّفهم في أموالهم ولا ذممهم قبل الإذن.

(٣) شرع المؤلِّف رحمه الله في ذكر أحوال المدين، وله أربعة أحوالٍ:

الحال الأوَّل: المعسر، وهو من لا شيء عنده.

(٤) للآية الآتية، فيجب إنظاره، وفي إنظار المعسر فضلٌ كبيرٌ، فقد ورد من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «من أنظر معسرًا أو وضع عنه أنجاه الله من كرب يوم القيامة»، رواه مسلمٌ.

وعن أبي اليَسَر رضي الله عنه قال: سمعت النَّبيَّ ﷺ يقول: «من أنظر معسرًا أو وضع عنه أظلَّه الله في ظلِّه»، رواه مسلمٌ.

ويسنُّ إبراؤه، وهو أفضل من الإنظار.

(٥) وهذا هو قول جمهور أهل العلم؛ للآية الَّتي أوردها المؤلِّف، فإذا وجب إنظاره حرم حبسه، ولما يأتي من قوله ﷺ: «مَطْلُ الغنيِّ ظلمٌ»، فوصف الغنيَّ

لقولِه تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٠].

فإن ادَّعى العسرةَ ودَيْنُهُ عن عِوضٍ؛ كثمنٍ وقرضٍ، أوْ لَا[١]، وعُرِفَ له مالٌ سابقٌ الغالِبُ بقاؤه[٢]، أو كان أقرَّ بالملاءةِ؛ حُبِسَ[٣] إن لم يُقِمْ بيِّنةً

بالظُّلم، فدلَّ على عدم ظلم المعسر، فلا يحبس.

وذهب بعض السَّلف كابن عبَّاسٍ، وشريح، وإبراهيم النَّخعي إلى جواز حبسه؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾، والدَّين من الأمانات فإذا لم يؤدِّه استحقَّ العقوبة وهي الحبس.

ونوقش: أنَّ المراد الأعيان الموجودة في يد الشَّخص، أو الدُّيون الَّتي يقدر على أدائها، وعلى هذا يترجَّح قول جمهور أهل العلم. [انظر: أحكام القرآن للجصَّاص ١/ ٤٧٣، فتح القدير ٦/ ٢٧٩، الشَّرح الكبير وحاشيته ٣/ ٢٥٠، المهذَّب ١/ ٣٢٠، نهاية المحتاج ٤/ ٣٣٣، كشَّاف القناع ٣/ ٤٠٨، شرح صحيح مسلمٍ للنَّوويِّ ٦/ ٤٣٩، فتح الباري ٥/ ٦٢، نيل الأوطار ٥/ ٢٧١، وأحكام الحجر ص٤٥].

مسألةٌ: عند الحنفيَّة: يجوز للغريم ملازمة المدين المعسر، وذلك بأن يدور معه أينما دار.

وعند جمهور أهل العلم: لا يجوز للغريم ملازمة المعسر؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) أي: أو لم يكن عن عوضٍ، بل كان عن أرش جنايةٍ، وقيمة متلفٍ، أو كان مهرًا أو ضمانًا، أو كفالةً، أو عوض خلعٍ، ونحو ذلك.

(٢) إمَّا لكون الدَّين ثبت عن معاوضةٍ كثمن مبيعٍ وقرضٍ، أو عرف له أصل مالٍ سوى هذا، فالقول قول غريمه مع يمينه، فإذا حلف أنَّه ذو مالٍ حبس، حتَّى تشهد بيِّنةٌ بإعساره. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٣٧].

(٣) في الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٣٧: (قال ابن المنذر: أكثر من أن

تَخْبُرُ باطِنَ حالِه(١)، ....

نحفظ عنه من علماء الأمصار وقضاتهم يرون الحبس في الدَّين؛ منهم مالكٌ، والشَّافعيُّ، وأبو عبيدٍ، والنُّعمان. . .، وكان عمر بن عبد العزيز يقول: يقسم ماله بين الغرماء ولا يحبس، وبه قال عبيد الله بن جعفرٍ واللَّيث بن سعدٍ)، وتأتي الأدلَّة على حبسه عند قول المؤلِّف: (حبس بطلب ربِّه ذلك. . .).

ولو ادَّعى الخصم الفَلَس، وقال المدَّعي: معه مالٌ وسأل تفتيشه، فالمذهب وهو قولٌ عند المالكيَّة: أنَّه يجب على الحاكم تفتيشه.

والقول الثَّاني عند المالكيَّة: أنَّه لا يجاب إلى تفتيشه إلَّا إن كان أمرًا خفيفًا كتفتيش كمِّه أو جيبه ونحو ذلك.

واستظهر ابن القيِّم في الطُّرق الحكميَّة ص٧ وجوب التَّفتيش، واستدلَّ بقول عليٍّ ﷺ للظَّعينة: «لتُخرِجنَّ الكتاب، أو لنُجرِّدنَّك»، وكانت أسرى قريظة يدَّعون عدم البلوغ، فيكشف عن مآزرهم. [انظر: حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٢٥٢، الخرشيَّ على خليلٍ ٥/ ٢٧٩، كشَّاف القناع ٣/ ٤٠٨].

(١) ويعتبر للبيِّنة أمران:

الأوَّل: العدد، فجمهور أهل العلم: أنَّه لا بدَّ من ذكرَين حرَّين عدلين.

وعند الشَّافعيَّة وجهٌ: أنَّه يثبت بالشَّاهد والمرأتين.

وعن الإمام أحمد: أنَّه لا بدَّ من ثلاثةٍ؛ لحديث قَبيصة ﷺ، وفيه قول النَّبيِّ ﷺ: «إنَّ المسألة لا تحلُّ إلَّا لأحد ثلاثةٍ. . .، ورجلٌ أصابته فاقةٌ حتَّى يقول ثلاثةٌ من ذوي الحجا من قومه: لقد أصابت فلانًا فاقةٌ، فحلَّت له المسألة حتَّى يصيب قِوامًا من عيشٍ»، رواه مسلمٌ، وصوَّبه ابن القيِّم، وقال: إذا كان في باب أخذ الزَّكاة وحلِّ المسألة، ففي باب دعوى الإعسار المسقط لأداء الدَّين أَولى. . .، وليس الإعسار من الأمور الخفيَّة الَّتي تقوى فيها التُّهَمَة، فروعي فيها الزِّيادة في البيِّنة. [انظر: البهجة ١/ ١١١، فتح العزيز ١٠/ ٢٣١، كشَّاف القناع ٣/ ٤١٠].

والثَّاني: الخبرة الباطنة، ويكون بأمورٍ ثلاثةٍ: الجوار، والمعاملة

وتُسمَعُ قبلَ حبسٍ وبعدَه(١)، وإلَّا حَلَف وخُلِّيَ سبيلُه(٢).

(**وَمَنْ مَالُهُ قَدْرُ دَينِه؛ لَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ**)(٣)؛ لعدمِ الحاجةِ إلى الحجرِ عليه(٤)، ....

والمخالطة، والمرافقة في السَّفر. [انظر: حاشية قليوبيٍّ ٢/ ٢٩٢].

لأنَّ الإعسار من الأمور الباطنة الَّتي لا يطَّلع عليها إلَّا المخالط.

(١) وهذا قول الشَّافعيَّة والحنابلة؛ لأنَّ كلَّ بيِّنةٍ جاز سماعها بعد مدَّةٍ، جاز سماعها في الحال.

وعند الحنفيَّة وقال به الإمام مالكٌ: لا تقبل بيِّنة الإعسار قبل الحبس. [انظر: المصادر السَّابقة، فتح القدير ٦/ ٣٨٠، الكفاية على الهداية ٦/ ٣٨٠، وأحكام الحجر ص٤٧].

(٢) أي: وإن لم يكن دينه عن عوضٍ كصداقٍ، ولم يعرف له مالٌ سابقٌ، أو عُرِف والغالب ذهابه، أو لم يقرَّ أنَّه مليءٌ وادَّعى الإعسار؛ حلف ولم يحبس؛ لأنَّ الأصل عدم المال، وهذا هو المذهب.

وقال في التَّرغيب: يحبس إلى ظهور إعساره.

قال ابن القيِّم: (والَّذي يدلُّ عليه الكتاب والسُّنَّة، وقواعد الشَّرع: أنَّه لا يحبس في شيءٍ من ذلك إلَّا أن يظهر بقرينة أنَّه قادرٌ مماطلٌ...، فإنَّ الحبس عقوبةٌ، والعقوبة إنَّما تسوغ بعد تحقُّق سببها، ولا تسوغ بالشُّبهة، بل سقوطها بالشُّبهة أقرب إلى قواعد الشَّرع). [انظر: المغني ٦/ ٥٨٧، الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٣/ ٢٤٢، الطُّرق الحكميَّة ص ٧٥].

(٣) وهذا هو الحال الثَّانية من أحوال المدين.

والحال الثَّالثة: أن يكون ماله أكثر من دينه، وحكم هاتين الحالتين واحدٌ.

(٤) يجب عليه دفعه إلى مالكه بطلبه، وإن طلب الإمهال بقدر ما يتمكَّن من الوفاء أمهل بالاتِّفاق. [انظر: الفروع ٣/ ٢٩٤]، لكن إن خاف منه غريمه احتاط

(وَأُمِرَ)، أي: وَوَجَب على الحاكمِ أمرُه (بِوَفَائِهِ) بطلبِ غريمِه[١]؛ لحديثِ: «مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ[٢]»[٣].

ولا يَترخَّصُ مَن سَافر قَبلَه[٤].

ولغريمِ مَن أراد سفرًا منعُه مِن غيرِ جهادٍ متعيِّنٍ حتى يُوَثِّقَ برهنٍ يُحْرَزُ، أو كَفيلٍ مليءٍ[٥].

عليه بملازمته، أو بكفيلٍ.

(١) إذا كان حالًّا، وعلم قدرته عليه، أو جهل حاله لتعيُّنه عليه.

(٢) لأنَّه منع أداء ما استحقَّ عليه أداؤه، وهو حرامٌ مع التَّمكُّن ويفسق بمطله، ويتحقَّق مَطْله بطلبه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أي: ولا يجوز أن يَقْصُرَ الصلاة ونحوه من سافر قبل وفاء غريمه وبعد الطَّلب؛ لأنَّه سفر معصيةٍ، والمذهب: عدم التَّرخُّص في سفر المعصية، وتقدَّم حكم التَّرخُّص في سفر المعصية في/باب صلاة الجماعة/فصل القصر. وظاهره: ولو كان السَّفر قصيرًا.

(٥) لسفر المدين أربعة أحوالٍ:

الأوَّل: أن يكون سفره وعودته قبل حلول أجل الدَّين، والسَّفر غير مخوفٍ، فليس للغريم منع المدين من السَّفر باتِّفاق الأئمَّة.

الثَّاني: أن يكون سفره وعودته قبل حلول الأجل، والسَّفر مخوفٌ، فالمذهب: أنَّ للمدين منع الغريم من السَّفر إلَّا أن يأتي المدين بضمينٍ، أو رهنٍ؛ لأنَّه لا يأمن أن يموت، فيضيع حقُّه.

وعند الشَّافعيَّة: أنَّ المدين لا يملك منع سفر الدَّائن، ولو كان السَّفر مخوفًا؛ لأنَّه لا حقَّ على الدَّائن قبل حلول الأجل.

الثَّالث: أن يكون السَّفر قبل حلول الأجل، ولا يعود إلَّا بعد حلوله.

(فَإِنْ أَبَى) القادرُ وفاءَ الدَّيْنِ الحالِّ؛ (حُبِسَ بِطَلَبِ رَبِّهِ) ذلك؛ لحديثِ: «لَيُّ الوَاجِدِ ظُلْمٌ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ» رواه أحمدُ، وأبو داودَ، وغيرُهما[١]،

فعند المالكيَّة والحنابلة: منع المدين من السَّفر إلَّا أن يأتي بضمينٍ أو رهنٍ؛ لأنَّ هذا السَّفر يعود بالضَّرر على الغريم؛ لما فيه من تأخير حقِّه عن محلِّه.

وعند الحنفيَّة والشَّافعيَّة: عدم جواز منع المدين من السَّفر، لكن للغريم أن يخرج مع المدين حتَّى إذا حلَّ الأجل منعه من المضيِّ في سفره؛ لأنَّه ليس له مطالبته بالدَّين قبل حلول الأجل، فليس له منعه من السَّفر.

الحال الرَّابعة: أن يكون سفره بعد حلول الأجل، وقبل قضاء الدَّين، فإن كان المدين موسرًا، فباتِّفاق الأئمَّة: أنَّ للغريم منع المدين من السَّفر حتَّى يوفِّي دينه.

وإن كان معسرًا فالمذهب: أنَّ للغريم منع من المدين من السَّفر حتَّى يقيم كفيلًا ببدنه؛ لأنَّه قد يوسر في البلد الَّذي سافر إليه، فإذا كان ثَمَّ كفيلٌ طالبه بإحضاره.

وعند المالكيَّة والشَّافعيَّة: عدم جواز منع المدين من السَّفر؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾، فإذا لم يجز له مطالبته لم يجز أن يمنعه.

وعند أبي حنيفة: أنَّه يجوز للغريم ملازمة المعسر، فيدور معه حيث دار. [انظر: بدائع الصَّنائع ٧/ ١٧٣، الشَّرح الكبير حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٢٣٦، نهاية المحتاج ٨/ ٥٣، كشَّاف القناع ٣/ ٤٠٥].

(١) رواه أحمد (١٧٩٤٦)، وأبو داود (٣٦٢٨)، والنسائي (٤٦٨٩)، وابن ماجه (٢٤٢٧)، وابن حبان (٥٠٨٩)، والحاكم (٧٠٦٥)، من طريق وبر بن أبي دليلة، عن محمد بن ميمون بن مسيكة - وأثنى عليه خيرًا -، عن عمرو بن الشريد، عن أبيه مرفوعًا. وصحَّحه ابن حبان، والحاكم، والذهبي، وابن الملقن، وحسَّن إسناده ابن كثير، وابن حجر، والألباني.

قال الإمامُ: (قال وكيعٌ: عِرضُه: شَكواه(١)، وعُقوبَتُه: حَبسُه(٢)) ....

قال ابن القطان: (ومحمد بن ميمون بن مسيكة لا يعرف من حاله إلا ما في هذا الإسناد من ثناء وبر عليه، وذكره ابن أبي حاتم، فلم يعرف من حاله بشيء، ولا ذكر ممن روى عنه غير ابن أبي دليلة، ولا ممن روى هو عنه غير عمرو بن الشريد)، وأجابوا عن ذلك بقول الذهبي: (قال أبو حاتم: روى عنه الطائفيون، وذكره ابن حبان في الثقات)، وأثنى عليه وبر كما في الحديث، وهذا يقتضي تحسين حديثه. [انظر: بيان الوهم ٥/ ٤٠٠، ميزان الاعتدال ٣/ ٥٩٨، إرشاد الفقيه ٢/ ٤٧، البدر المنير ٦/ ٦٥٦، فتح الباري ٥/ ٦٢، الإرواء ٥/ ٢٥٩، وأحكام الحجر ص٧٦].

(١) شكواه، الإخبار بسوء فعله، كأن يقول: مَطَلَني، ظلمني، ونحو ذلك.

(٢) قال ابن المنذر كما في الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٣٧: (أكثر من نحفظ عليهم من علماء الأمصار وقضاتهم يرون الحبس في الدَّين، منهم مالكٌ، والشَّافعيُّ، وأبو عبيدٍ، والنُّعمان... وكان عمر بن عبد العزيز يقول: يقسم ماله بين الغرماء، ولا يحبس، وبه قال عبد الله بن جعفرٍ، واللَّيث بن سعدٍ).

ويرجع إلى اجتهاد الحاكم في نوعه، وقدره.

ويشترط للحبس في الدين ما يلي:

١- أن يكون حالًّا، فلا حبس في الدين المؤجل؛ لعدم الظلم.

٢- القدرة على قضاء الدَّين؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾.

٣- المطل؛ لقوله ﷺ: «مَطْل الغنيِّ ظلمٌ»، متَّفقٌ عليه.

٤- أن لا يكون المدين والدًا للدَّائن؛ لقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾، وهذا قول جمهور أهل العلم؛ إلَّا أنَّ المالكيَّة استثنوا الأجداد.

والوجه الثَّاني عند الشَّافعيَّة: أنَّ الوالد يحبس بدين ولده؛ لحقِّ الابن.

...[1]

فإن أبى عزَّرَه مرَّة بعدَ أُخرى[2]، (فَإِنْ أَصَرَّ) على عدمِ قضاءِ الدَّينِ، (وَلَمْ يَبِعْ مَالَهُ؛ بَاعَهُ الحَاكِمُ وَقَضَاهُ)؛ لقيامِه مَقامَه، ودَفعًا لضررِ ربِّ الدَّيْنِ بالتأخيرِ[3].

وعند جمهور أهل العلم: يحبس الوالد إذا امتنع من الإنفاق على ولده؛ لضرورة حفظ النَّفس خلافًا للشَّافعيَّة.

٥- طلب حبس المدين من الدَّائن؛ لأنَّ الدَّين حقُّه، والحبس وسيلةٌ للحصول على حقِّه، والوسائل لها أحكام المقاصد. [انظر: بدائع الصَّنائع ٧/ ١٧٣، المبسوط ٢٠/ ١٩، شرح الخرشيِّ ٥/ ٢٧٩، حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٢٥٣، نهاية المحتاج ٤/ ٣٣٣، حاشية الشِّروانيِّ ٥/ ١٤٢، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٣٢، كشَّاف القناع ٣/ ٤٠٨، وأحكام الحجر ص٧٦].

(١) مسند أحمد (٢٩/ ٤٦٥).

(٢) فعند جمهور أهل العلم: جواز ضربه حتَّى يؤدِّي الحقَّ الَّذي عليه؛ لما استدلَّ به المؤلِّف.

وعند الحنفيَّة: عدم جواز الضَّرب؛ لأنَّ الضَّرب عقوبةٌ زائدةٌ عمَّا جاء به الشَّرع.

واختلف القائلون بالضَّرب في مقداره:

فعند الحنابلة: أنَّه لا يزاد على أكثر التَّعزير وهو عشرة أسواطٍ في كلِّ يومٍ؛ لقوله ﷺ في حديث أبي بردة: «لا يجلد فوق عشرة أسواطٍ إلَّا في حدٍّ من حدود الله»، متَّفقٌ عليه.

وظاهر كلام المالكيَّة، وهو مذهب الشَّافعيَّة: يضرب حتَّى يؤدِّي الحقَّ؛ لكونه صائلًا في الامتناع عن أداء الحقِّ. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكيَّة؛ لما يأتي أنَّ النَّبيَّ ﷺ «حجر على

(وَلَا يُطْلَبُ) مَدِينٌ (بِـ) دَيْنٍ (مُؤَجَّلٍ)؛ لأنَّه لا يَلزَمُه أداؤه قبلَ حلولِه، ولا يُحجَرُ عليه مِن أجلِه[1].

(وَمَنْ مَالُهُ لَا يَفِي بِمَا عَلَيْهِ) مِن الدَّيْنِ[2] (حَالًّا؛ وَجَبَ) على الحاكمِ

معاذٍ وباع ماله في دينه»، ولفعل عمر رضي الله عنه في مال الأسيفع، رواه مالكٌ والبيهقيُّ ٦/ ٤٩، لكنَّه ضعيفٌ.

ولأنَّ البيع واجبٌ على المدين لإيفاء دينه حتَّى يحبس عليه، فإذا امتنع ناب القاضي منابه كما ينوب مناب المجبوب والعِنِّين إذا أبيا تسريح زوجتيهما.

وعند أبي حنيفة، والشَّافعيِّ، واختاره شيخ الإسلام: لا يجوز للحاكم بيع مال المدين، بل يحبس أبدًا حتَّى يبيع ماله بنفسه؛ لأنَّها تجارةٌ لا عن تراض فتبطل بالنَّص.

ونوقش: باستثناء بيع مال المدين من شرط التَّراضي؛ لما تقدَّم من أدلَّة القول الأول.

ولأنَّ تصرُّف الحاكم في مال المفلس نوع حجرٍ عليه، وهو ممنوعٌ.

ونوقش: بعدم التَّسليم كما سيأتي قريبًا أنَّ المدين يحجر عليه. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٥/ ٦١، شرح الخرشيِّ ٥/ ٢٦٨، فتح العزيز ١٠/ ٢١٦، كشَّاف القناع ٣/ ٤٢٠].

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما علَّل به المؤلِّف، ولأنَّ الأجل حقٌّ مقصودٌ للمدين، فلا يفوت، ولا يسقط بفلسه كسائر حقوقه.

وعند المالكيَّة: أنَّ المؤجَّل يحلُّ بتفليس المدين؛ لخراب ذمَّته في الحجر كالموت.

ونوقش: بعدم تسليم الأصل، فالمؤجَّل لا يحلُّ بالموت. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٢) وهذا هو الحال الرَّابع من أحوال المدين، وهو مَن دينه أكثر من ماله،

(**الحَجْرُ عَلَيْهِ بِسُؤَالِ غُرَمَائِهِ**) كلِّهم (**أَوْ بَعْضِهِمْ**)[(١)]؛ لحديثِ كعبِ بنِ مالكٍ: «**أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ حَجَرَ عَلَى مُعَاذٍ، وَبَاعَ مَالَهُ**» رواه الخلَّالُ بإسنادِه[(٢)].

وهو الَّذي يحجر عليه.

(١) وهذا هو المذهب، وهو مذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة؛ مشروعيَّة الحجر على المدين؛ لما استدلَّ به المؤلِّف، ولما ورد أنَّ عمر بن الخطَّاب رضي الله عنه خطب النَّاس، وقال: «ألا إنَّ الأسيفع أسيفع جهينة قد رضي من دينه وأمانته أن يقال: سبق الحاجَّ، فادَّان معرضًا، فأصبح وقد دِين به، فمن كان له عليه مالٌ فليحضر غدًا، فإنَّا بائعو ماله، وقاسموه بين غرمائه». رواه مالكٌ، وعبد الرَّزَّاق، والدَّارقطنُّي في العلل، والبيهقيُّ في السنن، لكنَّه ضعيفٌ.

ولأنَّ مصلحة النَّاس تقتضي الحجر على المفلس؛ إذ لو نفذت تصرُّفاته وإقراراته؛ لأدَّى ذلك إلى ضياع حقوق الدَّائنين، ولأنَّ وفاء الدَّين واجبٌ، وما لا يتمُّ الواجب إلَّا به فهو واجبٌ.

وعند أبي حنيفة: لا يجوز الحجر بسبب الدَّين؛ لأنَّ الحجر إهدار أهليَّته وإلحاقه بالبهائم، وذلك ضررٌ عظيمٌ، فلا يجوز لضررٍ خاصٍّ.

ولأنَّ المفلس لا يحجر عليه إذا كان الحجر لمصلحته فكذلك لا يحجر عليه لمصلحة غرمائه. [انظر: تبيين الحقائق ٥/ ١٩٢، الفتاوى الهنديَّة ٥/ ٦١، شرح الخرشيِّ على خليلٍ ٥/ ٢٦٣، شرح منح الجليل ٣/ ١١٢، فتح العزيز ١٠/ ١٩٦، كشَّاف القناع ٣/ ٤٣٣، وأحكام الحجر ص٨٨].

(٢) لم نقف عليه في كتب الخلال المطبوعة، ورواه الطبراني في الأوسط (٥٩٣٩)، والدارقطني (٤٥٥١)، والحاكم (٢٣٤٨)، والبيهقي (١١٢٦٠)، من طريق إبراهيم بن معاوية، عن هشام بن يوسف، عن معمر، عن الزهري، عن ابن كعب بن مالك، عن أبيه مرفوعًا. وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي، وصحَّحه ابن الملقن، وقال ابن الطلاع: (إنه حديث ثابت).

(وَيُسْتَحَبُّ إِظْهَارُهُ)، أي: إظهارُ حَجرِ الفلسِ[١]، وكذا السَّفهُ[٢]؛ ليَعلَمَ الناسُ بحالِه، فلا يُعامِلوه إلا على بصيرةٍ.

(وَلَا يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ)[٣]، أي: المحجورِ عليه لفَلَسٍ (فِي مَالِهِ) الموجودِ[٤]

قال الهيثمي: (فيه إبراهيم بن معاوية الزيادي، وهو ضعيف)، وقال العقيلي: (لا يتابع على حديثه).

وتابعه إبراهيم بن موسى، عن هشام بن يوسف: عند الحاكم (٥١٩٢)، والبيهقي (١١٢٦١)، وهو ثقة.

ورواه أبو داود في المراسيل (١٧١، ١٧٢)، من طريق يونس بن يزيد ومعمر، عن الزهري، عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك مرسلًا، ورجَّح الإرسال: العقيلي وعبد الحق، وقال ابن عبد الهادي: (المشهور في الحديث الإرسال)، ووافقهم الألباني. [انظر: الضعفاء الكبير ١/ ٦٨، تنقيح التحقيق ٤/ ١٣٢، البدر المنير ٦/ ٦٤٥، التلخيص الحبير ٣/ ٩٨، الإرواء ٥/ ٢٦٠].

(١) ويشهد عليه؛ لينتشر ذلك، وربَّما عُزِل الحاكم أو مات، فيثبت الحجر عند الآخر، فلا يحتاج إلى ابتداء حجرٍ ثانٍ.

(٢) يستحبُّ إظهاره، والإشهاد عليه.

(٣) شرع المؤلِّف رحمه الله في بيان الأحكام المتعلِّقة بالحجر.

(٤) تصرُّفات المفلس في ماله الموجود لا تخلو من أمرين:

الأوَّل: أن يكون ذلك على جهة المعاوضة كالبيع والشِّراء والإجارة ونحو ذلك، فإن كان قبل الحجر عليه، فباتِّفاق الأئمَّة على نفوذها؛ لأنَّه رشيدٌ غير محجورٍ عليه فنفذ تصرُّفه كغيره، ولأنَّ سبب المنع الحجر، فلا يتقدَّم سببَه، لكن عند المالكيَّة: أنَّ للغرماء منع المدين من البيع والشِّراء، ولو لم يحجر عليه القاضي.

وإن كان بعد الحجر عليه: فجمهور أهل العلم على عدم صحَّة نفوذ

والحادثِ بإرثٍ أو غيرِه[1] (بَعْدَ الحَجْرِ) ....

التَّصرُّف في ماله؛ لأنَّ حقوق الغرماء تعلَّقت بأعيان ماله، فلم يصحَّ تصرُّفه فيها كالمرهونة.

وعند متأخِّري الحنفيَّة: جواز تصرُّف المحجور عليه إذا باع شيئًا من ماله بثمن المثل؛ لعدم ضرر الغرماء.

وذهب خليلٌ من المالكيَّة: إلى أنَّ التَّصرُّف إذا وقع، فإنَّه لا يبطل، بل يوقف على نظر الحاكم والغرماء. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٥/ ٦٢، حاشية ابن عابدين ٦/ ١٥١، الشَّرح الكبير للدَّردير وحاشيته ٣/ ٢٣٨، الأمَّ ٣/ ١٨٦، نهاية المحتاج ٤/ ٣١٥، كشَّاف القناع ٣/ ٤١٢، وأحكام الحجر ص٩٨].

الثَّاني: أن يكون ذلك على جهة التَّبرُّع كالهبة، والصَّدقة، والعتق ونحو ذلك، فإن كان قبل الحجر عليه، فجمهور أهل العلم: جواز تصرُّفه؛ لأنَّ الأصل جواز التَّصرُّف حتَّى يقع الحجر.

وعند الإمام مالكٍ، وهو روايةٌ عن الإمام أحمد: عدم جواز تبرُّعه بشيءٍ، إلَّا إذا كان ممَّا يلزمه كنفقة الوالد والولد المعسرين، أو شيءٍ جرت به العادة كالأضحيَّة، ونفقة العيد، والصَّدقة اليسيرة؛ لضرر المدين.

وكذا عند شيخ الإسلام، فلا ينفذ عنده شيءٌ من التَّبرُّعات كالصَّدقة، والهبة، والعتق، والوقف مع مطالبة الغرماء.

وإن كان تصرُّفه بعد الحجر، فباتِّفاق الأئمَّة: عدم جواز تصرُّفه بالتَّبرُّع؛ لما فيه من إبطال حقِّ الغرماء. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٥/ ٦٢، بداية المجتهد ٢/ ٣٠٩، حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٢٣٥، المهذَّب ١/ ٣٢١، قواعد ابن رجبٍ ص ١٤، كشَّاف القناع ٣/ ٤١١].

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة؛ لأنَّ مقصود الحجر إيصال الحقوق إلى مستحقِّها، وهذا لا يختصُّ بالموجود.

وعند الحنفيَّة، والمالكيَّة: أنَّ الحجر يختصُّ بالموجود؛ لأنَّ الحجر على

بغيرِ وصيَّةٍ أو تدبيرٍ[(١)]، (وَلَا إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ)، أي: على مالِه؛ لأنَّه محجورٌ عليه[(٢)].

وأما تصرُّفُه في مالِه قبلَ الحجرِ عليه فصحيحٌ؛ لأنَّه رشيدٌ غيرُ محجورٍ عليه، لكن يحرمُ عليه الإضرارُ بغريمِه[(٣)].

المفلس لقصر يده عن التَّصرُّف فيما عنده، فلا يتعدَّى إلى غيره، كالرَّاهن الحجرُ عليه في العين المرهونة لا يتعدَّى إلى غيرها. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) لأنَّه لا تأثير لذلك إلَّا بعد الموت، وخروجه من الثُّلث بعد وفاء دينه.

(٢) كأن يقول لبعض ما بيده - مثلًا -: هذه وديعةٌ، وهذا هو المذهب، ومذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة؛ لأنَّ حقوق الغرماء متعلِّقةٌ بأعيان ماله، فلم يقبل الإقرار عليه. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٤٧].

وعند أبي حنيفة، وابن حزمٍ: قبول إقراره بناءً على مذهبهما في عدم جواز الحجر.

وعند أصبغ من المالكيَّة: يقبل قوله مطلقًا إذا أقرَّ لمن لا يتَّهم عليه.

وعند خليلٍ من المالكيَّة: أنَّه يقبل قوله إن قامت بأصل ما أقرَّ به بيِّنةٌ، وهذا إذا لم يكن صانعًا، فإن كان صانعًا قُبل قوله في تعيين ما بيده لأربابه مع يمين المقرِّ له، ولو متَّهمًا عليه، ولا بيِّنة.

وعن الإمام أحمد، واختاره شيخ الإسلام: يقبل إن أضافه إلى ما قبل الحجر؛ لأنَّه مقرٌّ على نفسه بما يضرُّه، فقبل منه، لبعد التُّهَمَة، ولأنَّه تبيَّن بإقراره أنَّ المقَرَّ له أحد الغرماء فلزم إدخاله معهم. [انظر: المبسوط ٢٠/ ٨٩، الشَّرح الكبير وحاشيته ٣/ ٢٤١، المنتقى ٥/ ٨٤، المهذَّب ١/ ٣٢١، تحفة المحتاج ٥/ ١٢٥، وأحكام الحجر ص١١١].

(٣) استدراكٌ من قوله: (وأمَّا تصرُّفه في ماله...)، فعلى المذهب يصحُّ مع الحرمة، وتقدَّم قريبًا اختيار شيخ الإسلام، وهو مذهب مالكٍ: عدم نفوذ تبرُّعاته.

(وَمَنْ بَاعَهُ[١] أَوْ أَقْرَضَهُ شَيْئًا)[٢] قبلَ الحجرِ، وَوَجَده باقيًا بحالِه[٣]، ..

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما استدلَّ به المؤلِّف.

وعند الحنفيَّة: أنَّ صاحب المتاع أسوة الغرماء، فالكلُّ يشترك في ثمن المتاع حسب الحصص.

وحملوا الحديث على أنَّ المراد بالمال أو المتاع: الغصوب، والعواريّ، والودائع، ونحو ذلك.

ونوقش: بأنَّه صرفٌ للحديث عن ظاهره بلا دليلٍ، إذ إنَّ الغير ليس له حقٌّ في العين المغصوبة ونحوها حتَّى يقال: إنَّ المغصوب منه أحقُّ به من غيره، ويردُّه أيضًا الرِّوايات المصرِّحة بالبيع. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٥/ ٦٤، شرح الخرشيِّ على خليلٍ ٥/ ٢٨١، فتح العزيز ١٠/ ٢٠١، كشَّاف القناع ٣/ ٤١١، وأحكام الحجر ص١١٢].

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيِّ؛ لقوله ﷺ: «من أدرك متاعه عند إنسانٍ أفلس . . .»، متَّفقٌ عليه من حديث أبي هريرة ﷺ، والمقرض قد أدرك متاعه عند المفلس.

والقول الثَّاني: أنَّ هذا الحكم مختصٌّ بالبيع للرِّوايات المصرِّحة بالبيع، قال الشَّوكانيُّ في النَّيل ٥/ ٢٤٤: (لكنَّه لا يخفى أنَّ التَّصريح بالبيع لا يصلح لتقييد الرِّوايات المطلقة؛ لأنَّه إنَّما يدلُّ على أنَّ غير البيع بخلافه بمفهوم القلب، وما كان كذلك لا يصلح للتَّقييد).

(٣) يشترط لرجوع من وجد عين ماله عند مفلسٍ ستَّة شروطٍ:

فالأوَّل: أن تكون العين بحالها لم يتلف بعضها كانهدام بعض الدَّار، ولم تتغيَّر صفتها بما يزيل اسمها كحنطةٍ طحنت، أو زرعت، ونحو ذلك، وهذا هو المذهب، ومذهب المالكيَّة، لقوله ﷺ في الحديث: «أدرك ماله بعينه».

وعند الشَّافعيِّ: أنَّ البائع أولى بالعين بعد التَّغيُّر والنَّقص؛ نظرًا إلى المعنى.

فرعٌ: إذا تغيَّر المبيع لإضافة عينٍ أخرى له، كما لو خلط المفلس المبيع بغير

....

جنسه، كقمحٍ بشعيرٍ، فهل يملك البائع الرُّجوع بعين ماله؟

فقيل: ليس للبائع الرُّجوع، وهو مذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة.

وقيل: له الرُّجوع إذا خلط بمتميِّزٍ كقمحٍ بشعيرٍ، وبغير متميِّزٍ ليس له الرُّجوع، وهو مذهب الحنابلة.

الثَّاني: أن يكون المفلس حيًّا، فإن مات فهو أسوة الغرماء، وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية؛ لحديث أبي هريرة مرفوعًا: «أيُّما امرئٍ هلك، وعنده متاع امرئٍ بعينه اقتضى منه شيئًا أو لم يقتض، فهو أسوة الغرماء»، رواه أبو داود، وابن الجارود، والدَّارقطنيُّ، والبيهقيُّ، لكن صحَّحا إرساله، ولأنَّ ذمَّة المفلس في موته خربت خرابًا كليًّا.

وعند الشَّافعيِّ: لا يشترط؛ لحديث أبي هريرة السَّابق في الصَّحيحين، وهو يشمل الحيَّ والميِّت، ولحديث أبي هريرة مرفوعًا: «من أفلس أو مات، فأدرك رجلٌ متاعه بعينه، فهو أحقُّ به إلَّا أن يدَّعيَ الرَّجل وفاءً له»، رواه أبو داود، وابن الجارود، والدَّارقطنيُّ والحاكم، لكنَّه لا يثبت، أبو المعتمر مجهول العين.

الثَّالث: أن لا يكون البائع قد قبض من ثمنها شيئًا، وهذا هو المذهب؛ لحديث أبي هريرة مرفوعًا: «أيُّما رجلٍ أفلس، فوجد رجلٌ عنده ماله، ولم يكن اقتضى من ماله شيئًا»، رواه أحمد، لكنَّه منقطعٌ، الحسن لم يسمع من أبي هريرة رضي الله عنه.

وعند المالكيَّة: إن شاء ردَّ الثَّمن المقبوض، وأخذ سلعته، وإن شاء أمسك المقبوض وشارك الغرماء بما بقي من الثَّمن؛ وذا أقرب؛ لظاهر حديث أبي هريرة رضي الله عنه في الصَّحيحين.

وعند الشَّافعي: له أن يرجع في قدر ما بقي من الثَّمن؛ لأنَّه سببٌ ترجع به العين كلُّها إلى العاقد، فجاز أن يرجع به بعضها كالفرقة قبل الدُّخول في النِّكاح.

....

الرَّابع: أن لا تزيد زيادةً متَّصلةً كالسِّمن، وتعلُّمِ صنعةٍ أو كتابةٍ، وهذا هو المذهب، وقول المالكيَّة؛ لأنَّها زيادةٌ في ملك المفلس، فلم يستحقَّ أخذها كالمنفصلة.

وعند الشَّافعيِّ: له الرُّجوع لقوله ﷺ: «بعينه»، وهذا أدرك ماله بعينه.

والأقرب: أنَّ البائع يستحقُّ الرُّجوع، ويدفع قيمة الزِّيادة المتَّصلة، ويكون أسوة الغرماء.

وأمَّا الزِّيادة المنفصلة، كالولد، والكسب، والثَّمرة، ونحو ذلك، فلا تمنع الرُّجوع.

الخامس: أن لا يتعلَّق بها حقُّ الغير من شفعةٍ، أو رهنٍ ونحو ذلك؛ لقوله ﷺ: «من أدرك متاعه بعينه عند رجلٍ قد أفلس...»، متَّفقٌ عليه، وهذا لم يدرك متاعه عند المفلس، قال ابن قدامة: (ولا نعلم في هذا خلافًا).

السَّادس: أن تكون باقيةً في ملكه، فإن انتقلت عن ملكه ببيعٍ، أو هبةٍ، أو وقفٍ، ونحو ذلك، لم يملك الرُّجوع؛ لما تقدَّم في الشَّرط السَّابق. [انظر: الخرشيَّ على خليلٍ ٥/٢٨١، فتح العزيز ١٠/٢٠١، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/٢٦٣، نيل الأوطار ٥/٢٤٢، وأحكام الحجر ص١١٢].

وفي الإنصاف مع الشَّرح ١٣/٢٥٦: (وإن كان المبيع عينين كعبدين، أو ثوبين ونحوهما، فتلف أحدهما، أو نقص ونحوه رجع في العين الأخرى على الصَّحيح من المذهب)، وفي الشَّرح: (فإذا بذل الغرماء لصاحب السِّلعة الثَّمن ليتركها لم يلزمه قبوله، نصَّ عليه أحمد، وبه قال الشَّافعيُّ.

وقال مالكٌ: ليس له الرُّجوع؛ لأنَّ الرُّجوع إنَّما جاز لدفع ما يلحقه به من النَّقص في الثَّمن، فإذا بذل له بكماله لم يكن له الرُّجوع، ولنا الخبر الَّذي رويناه).

ولم يأخُذْ شيئًا مِن ثمنِه؛ فهو أحقُّ به؛ لقولِه ﷺ: «مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ عِنْدَ إِنْسَانٍ أَفْلَسَ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ» متفقٌ عليه مِن حديثِ أبي هريرةَ(١).

وكذا لو أقرضه أو باعه شيئًا (بَعْدَهُ)، أي: بعدَ الحجرِ عليه؛ (رَجَعَ فِيهِ) إذا وَجَده بعينِه (إِنْ جَهِلَ حَجْرَهُ)؛ لأنَّه معذورٌ بجهلِ حالِه(٢)، (وَإِلَّا) يَجْهَلِ الحجرَ عليه (فَلَا) رجوعَ له في عَيْنِه؛ لأنَّه دَخَل على بصيرةٍ(٣)، ويَرجِعُ بثمنِ المبيعِ وبدلِ القرضِ إذا انفكَّ حجرُه(٤).

(وَإِنْ تَصَرَّفَ) المفلسُ (فِي ذِمَّتِهِ) بشراءٍ أو ضمانٍ أو نحوِهما(٥)، (أَوْ أَقَرَّ) المفلسُ (بِدَيْنٍ، أَوْ) أقرَّ بـ (جِنَايَةٍ تُوجِبُ قَوَدًا أَوْ مَالًا؛ صَحَّ) تصرُّفُه في ذمَّتِه وإقرارُه بذلك؛ لأنَّه أهلٌ للتَّصرُّفِ، والحجرُ متعلِّقٌ بمالِه لا بذمَّتِه(٦)، .....

---

(١) رواه البخاري (٢٤٠٢)، ومسلم (١٥٥٩).

(٢) لعموم الخبر، ولا يعدُّ مقصِّرًا بعدم السُّؤال؛ لأنَّ الغالب على النَّاس عدم الحجر.

(٣) أي: بخراب ذمَّة المفلس، أشبه من اشترى معيبًا يعلم عيبه.

(٤) هذا هو الحكم الثَّالث من الأحكام المتعلِّقة بالحجر، وهو انقطاع المطالبة، وإنَّما يرجع من باعه، أو أقرضه، ونحوه، بثمن المبيع وبدل القرض إذا انفكَّ حجره؛ لأنَّه أتلف ماله بمعاملته من لا شيء معه.

(٥) كقرضٍ أو إجارةٍ صحَّ تصرُّفه، ويتبع بما لزمه من ذلك بعد فكِّ الحجر عنه.

(٦) وهذا هو المذهب؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند أبي حنيفة وابن حزمٍ: صحّة إقرار المحجور عليه بالدَّين، بناءً على مذهبهما، وهو عدم جواز الحجر عليه، قال ابن حزمٍ: (إقرار المفلس بالدَّين لازمٌ مقبولٌ، ويدخل مع الغرماء؛ لأنَّ الإقرار واجب قبوله، وليس لأحدٍ إبطاله

. . . .

بغير نصّ قرآنٍ أو سنّةٍ. . .).

وعند المالكيَّة: يصحُّ إقرار المدين بالدَّين بثلاثة شروطٍ:

الأوَّل: أن يكون الدَّين ثابتًا بالإقرار.

الثَّاني: أن يكون الإقرار لمن لا يتَّهم عليه، فلا يصحُّ إقراره لابنه، أو أخيه، أو صديقٍ ملاطفٍ.

الثَّالث: أن يكون إقراره في المجلس الَّذي حجر عليه الحاكم فيه، أو قامت الغرماء عليه فيه، أو قريبًا من ذلك عرفًا.

وإن كان الدَّين ثابتًا بالبيِّنة، فيشترط شرطان:

الأوَّل: أن لا تكون الدُّيون الثَّابتة تستغرق ما بيده من مالٍ.

الثَّاني: أن تتقدَّم معاملةٌ من المفلس للمقرِّ له.

وعن الإمام مالكٍ ﷺ زيادة شرطٍ: أن يحلف المقرُّ له.

وعند الشَّافعيَّة: إن أقرَّ بدينٍ وجب قبل الحجر بمعاملةٍ أو إتلافٍ، فالأظهر قبوله في حقِّ الغرماء فيزاحمهم.

وإن كان وجوب الدَّين بعد الحجر فإن كان سببه معاملةً، أو مطلقًا لم يقيَّد بشيءٍ لم يقبل إقراره في حقِّ الغرماء فلا يزاحمهم، وإن كان سببه الإتلاف، فيقبل إقراره، ويزاحم الغرماء. [انظر: المبسوط ٢٠/ ٨٩، الشَّرح الكبير للدَّردير وحاشيته ٣/ ٢٤٠، المنتقى ٥/ ٨٤، المهذَّب ١/ ٣٢١، نهاية المحتاج ٤/ ٣١٧، كشَّاف القناع ٣/ ٤١١، المحلَّى ٨/ ١٧٤، ٢٧٨، وأحكام الحجر ص١٢٣].

مسألةٌ: في كشَّاف القناع ٣/ ٤٣٣: (ويجب على الحاكم أو أمينه أن يترك للمفلس من ماله ما تدعو إليه حاجته من مسكنٍ وخادمٍ صالحَين لمثله. . . إن لم يكونا أي: المسكن والخادم عين مال الغرماء، فإن كانا عين مال الغرماء لم يترك للمفلس من مال الغرماء شيءٌ، بل من وجد عين ماله فهو أحقُّ بها بالشُّروط السَّابقة، ولو كان المفلس محتاجًا إلى ذلك؛ لعموم ما سبق من الخبر.

. . . .

لكن إن كان له أي: المفلس داران يستغني بإحداهما بيعت الأخرى؛ لعدم احتياجه إلى سكناها، وإن كان له مسكنٌ واسعٌ عن سكنى مثله، بِيعَ المسكن الواسع واشتُرِيَ له مسكن مثله؛ لاندفاع حاجته به، وردَّ الفضل من ثمنه على الغرماء جمعًا بين المصلحتين، وكذلك ثيابه إذا كانت رفيعةً لا يلبس مثله مثلها بيعت، واشتري له ما يلبسه مثله، وردَّ الفضل على الغرماء، وإن كانت الثِّياب إذا بيعت واشتُرِيَ له كسوةٌ لا يفضل عنها، أي: عن كسوة مثله شيءٌ من ثمن الثِّياب الرَّفيعة تركت بحالها؛ إذ لا فائدة إذن في البيع والشِّراء.

وشرط ترك الخادم له أن لا يكون نفيسًا لا يصلح لمثله، وإلَّا بِيعَ واشتُرِيَ له ما يصلح لمثله إن كان مثله يخدم، وردَّ الفضل على الغرماء.

ويترك الحاكم للمفلس أيضًا آلة حرفته فلا يبيعها؛ لدعاء حاجته إليها كثيابه ومسكنه، فإن لم يكن المفلس صاحب حرفةٍ ترك الحاكم له ما يتَّجر به؛ لمؤنته أي: لتحصيل مؤنته، وفي الموجز والتَّبصرة: وفرسٌ يحتاج ركوبها.

وينفق الحاكم على المفلس وعلى من تلزمه نفقته من زوجةٍ وخادمٍ وقريبٍ؛ لأنَّهم يجرون مجرى نفسه من ماله بالمعروف؛ لقوله ﷺ: «ابدأ بنفسك ثمَّ بمن تعول»، ولأنَّ ملكه باقٍ عليه قبل القسمة وهو أي: المعروف أدنى ما ينفق على مثله، وأدنى ما يسكنه مثله.

من مأكلٍ ومشربٍ وكسوةٍ، بيانٌ لما ينفق على مثله إلى أن يفرغ من قسمة ماله بين غرمائه إن لم يكن له أي: المفلس، كسبٌ يفي بذلك، أي: بنفقته وكسوته، فأمَّا إن كان يقدر على التَّكسب فنفقته في كسبه، فإنَّه لا حاجة في إخراج ماله مع غناه بكسبه، . . . .

وإن كان كسبه، أي: المفلس دون نفقته وكسوته كملت من ماله، كما لو لم يكن له كسبٌ، ويجهَّز هو أي: المفلس، ومن تلزمه مؤنته غير زوجته من ماله إن مات هو أو من تلزمه نفقته، كنفقته، وأمَّا الزوجة فمؤنة تجهيزها في تركتها مطلقًا) اهـ.

(**وَيُطَالَبُ بِهِ**)، أي: بما لزِمَه مِن ثمنِ مبيعٍ ونحوِه، وما أقرَّ به (**بَعْدَ فَكِّ الحَجْرِ عَنْهُ**)؛ لأنَّه حقٌّ عليه، وإنما مَنَعْنا تَعلُّقَه بمالِه لحقِّ الغرماءِ، فإذا استُوفِيَ فقد زال المعارِضُ.

(**وَيَبِيعُ الحَاكِمُ مَالَهُ**)[1] أي: مالَ المفلسِ الذي ليس مِن جِنسِ الدَّيْنِ، بثمنِ مثلِه أو أكثرَ، (**وَيُقَسِّمُ ثَمَنَهُ**) فورًا (**بِقَدْرِ دُيُونِ غُرَمَائِهِ**)[2] ....

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ «لـمَّا حجر على معاذٍ باع ماله في دَينه، وقسم ثمنه بين غرمائه»، تقدَّم قريبًا، ولما تقدَّم عن عمر في مال الأسيفع.

ولأنَّ البيع واجبٌ على المدين لإيفاء دينه حتَّى يحبس عليه، فإذا امتنع عن البيع ناب القاضي منابه، كما ينوب مناب المجبوب والعنِّين إذا أبيا تسريح زوجتيهما.

وعند أبي حنيفة: لا يجوز للحاكم بيع مال المدين، بل يحبس حتَّى يبيع ماله بنفسه ويوفِّي حقوق غرمائه، إلَّا أن يكون دَينه دراهم وماله دنانير، أو بالعكس، فالقاضي يبيعها في دين المال استحسانًا، والقياس يمنع ذلك.

وعلَّلوا: بأنَّ تصرُّف الحاكم في مال المفلس نوع حجرٍ عليه وهو ممنوعٌ.

ونوقش: بأنَّ بيع مال المفلس مستثنًى من اشتراط الرِّضا. [انظر: بدائع الصَّنائع ٧/ ١٧٤، شرح الخرشيِّ ٥/ ٢٦٨، فتح العزيز ١٠/ ٢١٧، كشَّاف القناع ٣/ ٤١٠، وأحكام الحجر ص١٤٣].

(٢) ولا فرق بين الدُّيون القريبة والبعيدة، فلا يقدَّم أحدٌ على أحدٍ، وطريقة القسمة: أن تنسب الموجود من مال المفلس إلى مجموع الدُّيون، وتعطي كلَّ واحدٍ من الغرماء بمقدار هذه النِّسبة.

مثال ذلك: رجلٌ مدينٌ لرجلٍ بألفين، ولآخر بثلاثةٍ، ولآخر بخمسةٍ، فمجموع الدَّين عشرةٌ، ومال المدين خمسةٌ، فنسبة الخمسة إلى العشرة النِّصف،

الحالَّةِ(١)؛ لأنَّ هذا هو جُلُّ المقصودِ مِن الحجرِ عليه، وفي تَأخيرِه مَطْلٌ، وهو ظلمٌ لهم(٢).

(وَلَا يَحِلُّ) دَيْنٌ (مُؤَجَّلٌ بِفَلَسِ)(٣) مدينٍ؛ لأنَّ الأجلَ حقٌّ للمفلسِ،

فيعطى كلُّ واحدٍ من الغرماء نصف ما لَه من الدَّين، والله أعلم.

(١) لا المؤجَّلة، فلا يشاركون ذوي الدُّيون الحالَّة.

(٢) هناك أمورٌ تُراعَى عند بيع مال المفلس، وقسمته على الغرماء:

المبادرة إلى بيع المال وقسمته، لئلَّا تطول مدَّة الحَجْر، على أنَّه لا يُفرَط في الاستعجال، فيباع بثمنٍ بخسٍ.

يباع بحضرة المفلس، أو وكيله؛ لكونه أطيب لنفسه، وأعرف بالمبيع.

إحضار مستحقِّي البيع، ويقدَّم المرهون في حقِّ المرتهن.

يباع منْ ماله أوَّلًا ما يخشى عليه الفساد، ثمَّ الحيوان؛ لحاجته إلى النَّفقة، ثمَّ المنقولات، ثمَّ العقارات؛ لأنَّه لا يخشى عليها الهلاك والسِّرقة.

يشهَّر البيع؛ ليظهر الرَّاغبون، ويباع كلُّ شيءٍ في سُوقه.

يجب أن يكون البيع بثمن المثل حالًّا من نقد البلد.

أن يكون البيع بالخيار للحاكم فيه ثلاثة أيَّامٍ للاستقصاء في الثَّمن. [انظر: شرح الخرشيِّ ٥/٢٦٩، فتح العزيز ١٠/٢١٧، كشَّاف القناع ٣/٤٢١، أحكام الحجر ٣٤٢].

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور العلماء؛ لما علَّل به المؤلِّف، ولأنَّه يملك التَّصرُّف في الذِّمَّة فلم يحلَّ عليه الدَّين كما لو لم يحجر عليه.

وعند المالكيَّة: أنَّ الدَّين المؤجَّل يحلُّ بتفليس المدين؛ وذلك لخراب ذمَّته بالحجر كالموت.

قال ابن قدامة: (ولا نسلِّم أنَّ الدَّين يحلُّ بالموت فهو كمسألتنا، وإن سلَّمنا فالفرق بينهما أنَّ ذمَّة الميِّت قد خربت وبطلت بخلاف ذمَّة المفلس)، وعلى هذا

فلا يَسقُطُ بفلسِه؛ كسائرِ حُقوقِهِ.

(وَلَا) يحلُّ مؤجلٌ أيضًا (بِمَوْتِ) مَدِينٍ[١] (إِنْ وَثَّقَ وَرَثَتُهُ بِرَهْنٍ) يُحْرَزُ[٢]، (أَوْ كَفِيلٍ مَلِيءٍ) بأقلِّ الأمرَيْن مِن قِيمةِ التَّركةِ أو الدَّيْنِ[٣]؛ لأنَّ الأجلَ حقٌّ للميتِ، فوُرِث عنه كسائرِ حُقوقِهِ[٤]، فإن لم يُوَثِّقُوا حَلَّ؛ لغلبةِ الضَّررِ[٥].

(وَإِنْ ظَهَر غَرِيمٌ)[٦] للمفلسِ (بَعْدَ القِسْمَةِ) لمالِه؛ ....

فالرَّاجح قول جمهور أهل العلم. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٥/ ٦٤، الشَّرح الكبير للدَّردير وحاشيته ٣/ ٢٣٩، روضة الطَّالبين ٤/ ١٢٨، المغني ٦/ ٥٥٦، أحكام الحجر ٣٤٤].

(١) وفي الإفصاح ١/ ٣٧٢: (واختلفوا في الدَّين المؤجَّل هل يحلُّ بالموت؟ فقال أحمد وحده: لا يحلُّ بالموت في أظهر روايتيه إذا وَثَّقَ الورثة، وقال الباقون: يحل بالموت كالرِّواية الثَّانية عنه).

(٢) أي: إن وَثَّقَ الورثة أو غيرهم ربَّ الدَّين برهنٍ يحرز الأقلَّ من الدَّين أو التَّركة.

(٣) أي: أو وثق الورثة (بكفيلٍ مليءٍ بأقلِّ الأمرين) متعلِّقٌ بـ(وثق) من قيمة التَّركة أو الدَّين؛ لأنَّ الورثة قد لا يكونون أملياء، أو لا يرضى بهم الغريم، فيؤدِّي إلى فوات حقِّه، ومثله إن لم يكن له ورثةٌ.

(٤) فيبقى الدَّين في ذمَّة الميِّت، ويتعلَّق بعد موته بعين ماله، كتعلُّق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه، وتختصُّ أرباب الدُّيون الحالَّة بالمال، ولا يرجع ربُّ المؤجَّل عليهم بعد حلوله، بل على من وثقه.

(٥) وكذا إن لم يكن ورثةٌ؛ لئلَّا يضيع ويأخذه ربُّه كلَّه، إن اتَّسعت التَّركة له، أو يحاصُّ به الغرماء، ولا يسقط منه شيءٌ في مقابلة الأجل، وكذا حكم من طرأ عليه جنونٌ.

(٦) دينه حالٌّ ليس مؤجَّلًا.

لم تُنقَضْ[١]، و(رَجَعَ عَلَى الغُرَمَاءِ بِقِسْطِهِ)[٢]؛ لأنَّه لو كان حاضِرًا شارَكَهُم، فكذا إذا ظَهَر.

وإنْ بَقِيَ على المفلسِ بقية وله صنعةٌ؛ أُجبِرَ على التكسُّبِ[٣] لوفائِها؛

(١) لأنَّهم لم يأخذوا زائدًا على حقِّهم، وإنَّما تبيَّن مزاحمتهم، وبه قال الشَّافعيُّ.

(٢) أي: بقدر حصَّته.

مثال ذلك: رجلٌ مدينٌ لرجلٍ بألفين ولآخر بثلاثةٍ، فمجموع الدَّين خمسةٌ، وماله ألفٌ، ونسبة الألف إلى الخمسة الخُمس، فمن له ألفان أخذ أربعمائةٍ، ومن له ثلاثةٌ أخذ ستَّمائةٍ، فإذا ظهر غريمٌ ثالثٌ له خمسة آلافٌ، أصبحت نسبة مجموع الدَّين إلى المال: العشر، فمن له ألفان أخذ مائتين، ومن له ثلاثةٌ أخذ ثلاثمائةٍ، ولصاحب الخمسة خمسمائةٍ، فيرجع على صاحب الألفين الَّذي أخذ أربعمائةٍ أوَّلًا بمائتين، وعلى صاحب الستمائة بثلاثمائةٍ، والله أعلم.

(٣) وهذا هو المذهب؛ لما روى زيد بن أسلم أنَّ النَّبيَّ ﷺ «باع سُرَّقًا في دينه، وكان سُرَّق دخل المدينة، وذكر أن وراءه مالًا، فداينه النَّاس، فركبته الدُّيون، ولم يكن وراءه مالٌ، فسمَّاه سُرَّقًا، وباعه بأربعة أبعرةٍ»، رواه الدَّارقطنيُّ والبيهقيُّ، والحرُّ لا يباع، فتبيَّن أنَّه باع منافعه، لكنَّ الحديث لا يثبت.

ولأنَّ الإجارة عقد معاوضةٍ، فجاز إجباره عليها كبيع ماله.

وعند مالكٍ والشَّافعيِّ والرِّواية الثَّانية عن الإمام أحمد: أنَّه لا يجبر لقول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾، ولحديث أبي سعيد رضي الله عنه «أنَّ رجلًا أصيب في ثمارٍ ابتاعها فكثر دينه، فقال النَّبيُّ ﷺ: «تصدَّقوا عليه»، فتصدَّقوا عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال النَّبيُّ ﷺ: «خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلَّا ذلك»، رواه مسلمٌ.

كوقفٍ وأمِّ ولدٍ يُستغنَى عنهما(١).

(وَلَا يَفُكُّ حَجْرَهُ إِلَّا حَاكِمٌ)؛ لأنَّه ثَبَت بحُكمِه، فلا يَزولُ إلا به(٢).

وإن وفَّى ما عليه انفكَّ الحجرُ بلا حُكْمِ حاكمٍ؛ لزَوالِ موجِبِه(٣).

  

ولأنَّه تكسُّبٌ للمال، فلم يجبر عليه كقبول الهبة، والصَّدقة. [انظر: شرح الخرشيِّ على خليلٍ ٥/ ٢٦٨، فتح العزيز ١٠/ ٢١٦، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٣٣٩].

(١) أي: كما يجبر على إيجار وقفٍ عليه، وأمِّ ولدٍ يستغني عنهما للقدرة على الوفاء.

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف؛ ولأنَّ فراغ مال المفلس يحتاج إلى بحثٍ فوقف على الحاكم.

وعند الحنفيَّة، والمالكيَّة: أنَّ الحجر على المدين يزول بقسمة ماله على غرمائه؛ لأنَّ علة الحجر هي خوف إتلاف المال، فإذا زالت هذه العلَّة زال معلولها. [انظر: العناية على الهداية ٧/ ٢٧١، شرح الخرشيِّ وحاشيته ٥/ ٢٦٩، المهذَّب ١/ ٣٢٧، كشَّاف القناع ٣/ ٤٢٩، أحكام الحجر ٣٧٦].

(٣) بكسر الجيم، أي: الأثر الَّذي يُوجِبُه.

(فَصلٌ)

في المحجورِ عليه لحظِّهِ(١)

(وَيُحْجَرُ عَلَى السَّفِيهِ(٢) وَالصَّغِيرِ وَالمَجْنُونِ لِحَظِّهِمْ)؛ ....

---

(١) هذا هو القسم الثَّاني من قسمي الحجر، وهو حجر المحجور عليه لحظِّ نفسه، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾، وقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى﴾ الآية، ولأنَّ النَّبيَّ ﷺ ردَّ من أعتق عبدًا له عن دبرٍ لا مال له غيره، رواه البخاريُّ.

قال ابن هبيرة في الإفصاح ١/ ٣٧٥: (اتَّفقوا على أنَّ الأسباب الموجبة للحجر: الصِّغر، والرِّقُّ، والجنون)، وقال ابن المنذر كما في الشَّرح مع الإنصاف ١٣/ : (أكثر علماء الأمصار يَرَون الحجر على كلِّ مضيِّعٍ لماله صغيرًا كان أو كبيرًا)، ويأتي.

(٢) في اللُّغة ضدُّ الحُلُم، وأصله الخفَّة والحركة، والسَّفه: نقصٌ في العقل، وخفَّة في البدن، ومنه قيل: زمامٌ سفيهٌ أي: كثير الاضطراب، وثوبٌ سفيهٌ: رديء النَّسج. [انظر: المصباح المنير ١/ ٣٣٠، مختار الصِّحاح ص ٢٠٢].

وفي الاصطلاح: فقد اختلف العلماء في ذلك على أقوالٍ:

فعند الحنفيَّة: أن يخرج الإنسان بتصرُّفاته عن حدِّ المألوف في عرف العقلاء، ويشمل الإسراف في المباحات والقربات، كالإسراف في الطَّعام والشَّراب والمراكب، وفي الصَّدقات، ووجوه البرِّ مثل بناء المساجد والأوقاف، ونحو ذلك؛ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا ۝٦٧﴾.

وعند المالكيَّة: صرف المال في غير ما يراد له شرعًا؛ كصرفه في معصيةٍ،

....

أو بغبنٍ فاحشٍ خارج العادة، أو في شهواته على خلاف عادة مثله، أو إتلافه هدرًا، وأمَّا الصَّدقة بماله فلا يعدُّ سفهًا.

وعند الشَّافعيَّة: يكون بأحد أمرين: أن ينفقه في المعاصي، مثل: الزِّنا، وشرب الخمر، وغير ذلك.

والثَّاني: أن ينفقه فيما لا مصلحة له فيه، ولا غرض، مثل: أن يشتري ما يساوي درهمًا بمائة درهمٍ، فأمَّا إذا أكل الطَّيبات، أو لبس النَّاعم من الثِّياب، أو أنفق على الفقهاء والفقراء والصُّوفيَّة. . .، فهذا ليس فيه إفساد المال.

وعند الحنابلة: الصَّلاح في المال:

الأمر الأوَّل: أن يتصرَّف مرارًا فلا يُغبن غالبًا، أي: يبيع ويشتري ويُؤْجِرَ ويستأجر، ويعقد عقد شركةٍ، ومساقاةٍ، وغير ذلك من العقود، ولا يُغبن في غالب هذه التَّصرُّفات.

الأمر الثَّاني: ألَّا يصرف ماله في غير فائدةٍ أي: لا يبذل ماله في شيءٍ لا فائدة فيه، كما لو اشترى ترابًا أو مفرقعاتٍ ونحو ذلك ممَّا لا فائدة فيه.

الأمر الثَّالث: ألَّا يبذل ماله في محرَّم غالبًا.

وقيِّد بالغالب؛ لأنَّ النَّادر لا يمكن التَّحرُّز منه، فعدم الغبن في حكم النَّادر والنَّادر لا تُعلَّق عليه الأحكام.

الأمر الرَّابع: قال شيخ الإسلام: ألَّا يصرف في مباحٍ قدرًا زائدًا على المصلحة.

الأمر الخامس: أضاف بعض الحنابلة: ألَّا يصرفه في مباحٍ ويضرُّ بعياله، أو كان وحده ولم يَثِق بإيمانه، وليس صرفه في أبواب البرِّ من الإسراف. [انظر: حاشية ابن عابدين ٥/١٢٩٨، تكملة البحر الرَّائق ٨/٩٢، منح الجليل ٣/١٧٢، الشَّرح الصَّغير ٢/١٣٢، المجموع ١٣/٣٦٩، نهاية المحتاج ٤/٣٦١].

إذ المصلحةُ تعودُ عليهم، بخلافِ المفلسِ[١].

والحجرُ عليهم عامٌّ في ذِممِهِم ومالِهِم[٢]، ولا يحتاجُ لحاكمٍ[٣]، .....

---

(١) فالحجر عليه لحظِّ غيره، لا لنفسه.

(٢) بخلاف المفلس ففي ماله وذمَّته، فيشمل ماله والتَّصرُّف في ذمَّته كالاقتراض.

(٣) الحجر على الصَّغير والمجنون لا يحتاج إلى حاكمٍ؛ لأنَّ الجنون والصِّغر علَّة الحجر عليه، إلَّا إن بلغ عاقلًا ثمَّ جُنَّ فيحتاج إلى حاكمٍ على المذهب.

وأمَّا السَّفيه، فقد اختلف العلماء رحمهم الله في اشتراط الحاكم للحجر عليه على أقوال:

فالمذهب: أنَّه لا يحتاج في الحجر عليه إلى حاكمٍ.

والقول الثَّاني: أنَّه لا يعدُّ محجورًا عليه إلَّا بحكم الحاكم، وهو قول المالكيَّة، والشَّافعيَّة.

واستدلُّوا: بأنَّ عليًّا ﷺ «سأل عثمان أن يحجر على عبد الله بن جعفرٍ»، فدلَّ على أنَّه لا يكون محجورًا عليه إلَّا بالحاكم، ولأنَّ السَّفه يختلف فيحتاج إلى اجتهاد الحاكم كالفسخ بسبب العُنَّة.

وعند محمَّد بن الحسن، وابن القاسم من المالكيَّة: أنَّ السَّفيه يعدُّ محجورًا عليه بمجرَّد ظهور السَّفه، ولا حاجة إلى حكم حاكمٍ.

واستدلُّوا: بحديث جابرٍ «أنَّ رجلًا أعتق عبدًا ليس له مالٌ غيره، فردَّه النَّبيُّ ﷺ»، رواه البخاريُّ، ولم يكن حجر عليه قبل ذلك.

وقياسًا على الحجر على المجنون، فالمجنون يحجر عليه بنفس الجنون، ولا يتوقَّف على القضاء. [انظر: حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٢٩٨، المجموع ١٣/ ٣٧٩، المغني في الشَّرح الكبير ٤/ ٥٢٥، كشَّاف القناع ٣/ ٤٥٢].

فلا يصحُّ تصرُّفُهُم قبلَ الإذنِ[١].

(وَمَنْ أَعْطَاهُمْ مَالَهُ بَيْعًا، أَوْ قَرْضًا) أو وديعةً ونحوَها[٢]؛ (رَجَعَ بِعَيْنِهِ) إنْ بَقِيَ؛ لأنَّه مالُه[٣]، (وَإِنْ) تلِف في أيديهِم[٤]، أو (أَتْلَفُوهُ؛ لَمْ يَضْمَنُوا)؛ لأنَّه سَلَّطهم عليه[٥] برضاه، عَلِمَ بالحجرِ أوْ لَا؛ لتفريطِه[٦].

(وَيَلْزَمُهُمْ أَرْشُ الجِنَايَةِ) إنْ جَنَوْا[٧]؛ لأنَّه لا تَفريطَ مِن المَجْنِيِّ عليه[٨]، والإتلافُ يَستوي فيه الأهلُ وغيرُه.

---

(١) أي: لا يصحُّ تصرُّف الصَّبيِّ والسَّفيه ونحوهما في أموالهم وذممهم قبل الإذن لهم؛ لأنَّه تصرُّف يفضي إلى ضياع أموالهم، وفيه ضررٌ عليهم.

أمَّا المجنون فلا يصحُّ تصرُّفه مطلقًا، ولو أذن له.

(٢) كعاريّةٍ، ووديعةٍ.

(٣) وتصرُّفهم فاسدٌ، فهو باقٍ على ملكه.

(٤) أي: بنفسه كموت قنٍّ، وحيوانٍ لم يضمنوا سواءٌ كان بتعدٍّ منهم، أو تفريطٍ أو لا.

(٥) فكان من ضمان مالكه، وليسوا من أهل الحفظ لعاريةٍ ونحوها. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٣٥٠].

(٦) وهذا هو المذهب؛ لأنَّ الحجر عليهم مظنَّة الشُّهرة، وقيل: يضمن المجنون.

وقيل: يضمن السَّفيه إذا جهل أنَّه محجورٌ عليه.

واختار في الرِّعاية الضَّمان مطلقًا، واختاره ابن عقيلٍ، قال المرداويُّ: وهو الصَّواب كتصرُّف العبد بغير إذن سيِّده. [انظر: المصدر السابق].

(٧) أي: على نفسٍ، أو طرفٍ، أو جرحٍ على ما يأتي تفصيله في الجنايات إن شاء الله تعالى.

(٨) وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٣/ ٣٥٠: (بلا نزاعٍ).

(وَ) يَلزَمُهم أيضًا (ضَمَانُ مَالِ مَنْ لَمْ يَدْفَعْهُ إِلَيْهِمْ)[١]؛ لأنَّه لا تَفريطَ مِن المالِكِ[٢]، والإتلافُ يَستوي فيه الأهلُ وغيرُه[٣].

(وَإِنْ تَمَّ لِصَغِيرٍ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً) حُكِمَ ببلوغِه[٤]؛ ....

---

(١) إذا أتلفوه، أو أتلفوا شيئًا منه.

(٢) لحصوله في أيديهم بغير اختياره كالغصب والجناية.

(٣) أي: إتلاف المال يستوي فيه الأهل للحفظ، وغير الأهل للحفظ كالصَّبيِّ والمجنون والسَّفيه.

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة؛ لما استدلَّ به المؤلِّف من حديث ابن عمر رضي الله عنه.

وفي لفظٍ: رعرضت عليه يوم أحدٍ وأنا ابن أربع عشرة، فردَّني ولم يرني بلغت، وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة فأجازني»، قال ابن حجرٍ ٥/ ٢٧٩: (أخرجه عبد الرَّزَّاق عن ابن جريجٍ، ورواه أبو عوانة وابن حبَّان في صحيحيهما من وجهٍ آخر عن ابن جريجٍ أخبرني نافعٌ، فذكر هذا الحديث بلفظه، وهي زيادةٌ صحيحةٌ لا مطعن فيها لجلالة ابن جريجٍ وتقدُّمه على غيره في حديث نافعٍ، وقد صرَّح فيها بالتَّحديث فانتفى ما يخشى من تدليسه).

ولما روى أنسٌ مرفوعًا: «إذا استكمل المولود خمس عشرة كتب ما له، وما عليه، وأخذت منه الحدود»، رواه البيهقيُّ.

ولأنَّه الحدُّ الَّذي يسهم له فيه في الجهاد ولمن حضر القتال.

وعند الحنفيَّة، ومالكٍ في روايةٍ عنه: يحصل ببلوغ السَّابعة عشرة، وعن أبي حنيفة: أنَّ بلوغ الغلام بثماني عشرة، وعند أكثر المالكيَّة: بلوغ الثَّامنة عشرة للغلام والجارية.

وعلَّلوا: أنَّ هذه السِّنَّ لا يبلغها أحدٌ إلَّا احتلم.

ولأنَّ فيه ثبوت الحدِّ وهو لا يثبت إلَّا بتوقيفٍ أو اتِّفاقٍ، ولا توقيف فيما دون هذا.

لما روى ابنُ عمرَ قال: «**عُرِضْتُ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ يَوْمَ أُحُدٍ وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعَ عَشْرَةَ سَنَةً، فَلَمْ يُجِزْنِي، وَعُرِضْتُ عَلَيْهِ يَوْمَ الخَنْدَقِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً، فَأَجَازَنِي**»، متفقٌ عليه[(١)].

(**أَوْ نَبَتَ حَوْلَ قُبُلِهِ شَعْرٌ خَشِنٌ**)[(٢)] حُكِمَ ببلوغِه[(٣)]؛ ....

وعند ابن حزمٍ بإكمال تسعة عشر عامًا؛ لأنَّ إكمال التِّسعة عشر إجماعٌ متيقَّنٌ.

والأقرب: قول الشَّافعية والحنابلة، قال ابن العربيِّ: (إذا لم يكن حديث ابن عمر دليلًا في السِّنِّ فكل عددٍ يذكرونه من السِّنين فإنَّه دعوَى، والسِّنُّ الَّتي أجازها رسول الله ﷺ أولى من سنٍّ لم يعتبرها، ولا قام في الشَّرع دليلٌ عليها).

[انظر: بدائع الصَّنائع ٧/ ١٧١، تبيين الحقائق ٥/ ٢٠٣، أحكام القرآن للقرطبيِّ ٥/ ٣٦، الشَّرح الكبير للدَّردير ٣/ ٢٩٣، المهذَّب ١/ ٣٣٨، كشَّاف القناع ٣/ ٤٣٢، علامات البلوغ ٢٣].

(١) رواه البخاري (٢٦٦٤)، ومسلم (١٨٦٨).

(٢) وهو أن ينبت الشَّعر الخشن حول ذكر الرَّجل أو فرج المرأة الَّذي استحقَّ أخذه بالموسى، لا الزَّغَب الضَّعيف، فلا اعتبار له فإنَّه ينبت في حقِّ الصَّغير.

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكيَّة؛ لما استدلَّ به المؤلِّف.

ولما ورد أنَّ عمر كتب إلى عامله: «أن لا تأخذ الجزية إلَّا ممَّن جرت عليه المواسي» رواه النسائي في الكبرى، وأبو عبيد، وإسناده صحيح، ولأنَّه خارج يلازمه البلوغ غالبًا، ويستوي فيه الذَّكر والأنثى فكان عَلَمًا على البلوغ كالاحتلام.

وعند الحنفيَّة، وقولٍ للشَّافعيَّة: أنَّه ليس من علامات البلوغ؛ لأنَّه نبات شعرٍ فأشبه نبات شعر سائر البدن.

ونوقش: بالفرق؛ لورود النَّصِّ باعتبار شعر العانة دون غيره، وعلى هذا

لأنَّ سعدَ بنَ مُعاذٍ لـمَّا حَكَم في بني قُريظةَ بقَتْلِهم وسَبْيِ ذراريِّهم أَمَر أن يُكشفَ عن مُؤْتَزَرِهم، فَمَن أنْبَتَ فهو مِن المُقاتِلةِ، ومَن لم يُنبِتْ فهو مِن الذُّرِّيّةِ، وبَلَغ ذلك النبي ﷺ فقال: «**لَقَدْ حَكَمْتَ بِحُكْمِ اللهِ مِنْ فَوْقِ سَبْعَةِ أَرْقِعَةٍ**»[1]، متفقٌ عليه[2].

فالأقرب ما ذهب إليه الحنابلة والمالكيَّة. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) قيل: سمِّيت بذلك؛ لأنَّها رقعت بالنُّجوم.

(٢) رواه البخاري (٣٠٤٣)، ومسلم (١٧٦٨)، من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، ولفظه عندهما: قال سعد: فإني أحكم أن تقتل المقاتِلة، وأن تسبى الذرية، قال ﷺ: «لقد حكمت فيهم بحكم المَلِك»، وليس فيه ذكر الكشف عن مؤتزرهم، ولا الحكم من فوق سبعة أرقعة.

فأما قصة كشف مؤتزرهم: فرواها أحمد (١٨٧٧)، وأبو داود (٤٤٠٤)، والترمذي (١٥٨٤)، والنسائي (٣٤٣٠)، وابن ماجه (٢٥٤١)، وابن حبان (٤٧٨٠)، والحاكم (٢٥٦٨)، من طريق عبد الملك بن عمير، قال: سمعت عطية القُرَظي يقول: «عُرضنا على النبي ﷺ يوم قريظة، فكان من أنبت قُتل، ومن لم ينبت، خُلي سبيله، فكنت فيمن لم ينبت، فخلي سبيلي»، صححه الترمذي، وابن حبان، وابن الملقن، وقال الحاكم: (على شرط الصحيح)، قال ابن حجر: (وهو كما قال، إلا أنهما لم يخرجا لعطية، وما له إلا هذا الحديث الواحد). [انظر: البدر المنير ٦/ ٦٧١، التلخيص الحبير٣/ ١٠٧].

وأما قوله ﷺ لسعد بن معاذ: «لقد حكمت بحكم الله من فوق سبعة أرقعة»، فقد رواه الحربي في غريب الحديث (٣/ ١٠٣٠)، والطبري في تفسيره (٢٠/ ٢٤٧)، من طريق عبد الرحمن بن عمرو بن سعد، عن علقمة بن وقاص الليثي مرسلًا.

وله شاهد عند النسائي في الكبرى (٥٩٠٦) من طريق سعد بن إبراهيم، عن

(أَوْ أَنْزَلَ) حُكِمَ ببلوغِه[١]؛ لقولِه تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟﴾ [النُّور: ٥٩][٢].

(أَوْ عَقَلَ مجْنُونٌ وَرَشَدَا)، أي: مَن بَلَغ وعَقَل[٣]، (أَوْ رَشَدَ سَفِيهٌ؛ زَالَ حَجْرُهُمْ)؛ لزوالِ عِلَّتِه[٤]، ....

عامر بن سعد، عن سعد بن أبي وقاص مرفوعًا بلفظ: «سبع سماوات»، وصححه الذهبي والألباني. [انظر: العلو للعلي الغفار ص٣٥، الإرواء ٥/ ٢٧٤].

(١) وهذا بإجماع أهل العلم: أنَّ البلوغ يحصل بالإنزال، ولا فرق بين الجارية والغلام، وهو خروج المنيِّ من قبله سواءٌ كان يقظةً أو منامًا بجماع أو احتلامٍ، أو غير ذلك. [انظر: المغني ٦/ ٥٩٧، أحكام القرآن للقرطبيِّ ٥/ ٣٥].

(٢) وقول النَّبيِّ ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثةٍ؛ عن الصَّبيِّ حتَّى يحتلم»، تقدَّم في الصَّلاة، وقال ﷺ لمعاذٍ: «خذ من كلِّ حالمٍ دينارًا»، رواه أحمد، وأبو داود، والتِّرمذيُّ، والنَّسائيُّ، وابن ماجه، وحسَّنه التِّرمذيُّ، ثمَّ ذكر أنَّ بعضهم رواه مرسلًا، قال: وهذا أصحُّ، وكذا قال الدَّارقطنيُّ في العلل.

(٣) في الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٣٥١: (إذا عقل المجنون ورشد انفكَّ الحجر عنه، ولا يحتاج إلى حكم حاكمٍ بغير خلافٍ).

(٤) وهو الجنون، والسَّفه.

وأمَّا إذا بلغ الصَّبيُّ رشيدًا ثمَّ طرأ عليه السَّفه:

فعند الجمهور يعود إليه الحجر.

وعند أبي حنيفة: لا يجوز الحجر عليه مطلقًا، فلا يمنع عنه ماله.

واستدلَّ بما يلي:

أمَّا الدَّليل على منع المال منه عند البلوغ إذا لم يُؤْنَسْ منه الرُّشد: قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾.

. . . .

والدَّليل على أنَّه إذا كبر لم يحجر عليه مطلقًا سواءٌ كان سفيهًا، أو غير سفيهٍ، ومثله إذا طرأ عليه السَّفه بعد إيناس الرُّشد: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ﴾، أي: مخافة أن يكبَروا فيلزمكم دفع المال إليهم، ودفع المال هنا مطلقٌ غير معلَّقٍ بشرط الرُّشد.

ونوقش: بأنَّ الأصل في الكبير أن يكون رشيدًا، فالآية سيقت بناءً على الأصل، والسَّفه عارضٌ، هذا من جهةٍ، ومن جهةٍ أخرى: فالآية لم تُسَقْ في معرض بيان متى يدفع المال لليتيم، وإنَّما كانت الآية متوجِّهةً إلى تناول الأولياء لمال اليتيم، فنهاهم سبحانه عن أكل مال اليتيم في حالتين: في حالة الإسراف، وفي حالة تقصُّد مبادرة الأخذ استغلالًا لوقت الولاية مخافة أن يصل اليتيم إلى سنِّ الرُّشد الَّذي يجب أن يستلم فيه ماله.

ولحديث ابن عمر ﷺ أنَّ رجلًا ذكر للنَّبيِّ ﷺ أنَّه يخدع في البيوع، فقال: «إذا بايعت فقل: لا خلابة»، رواه البخاريُّ (٢١١٧)، ومسلمٌ (١٥٣٣).

فالنَّبيُّ ﷺ لم يحجر على ماله، وأباح له التَّصرُّف فيه، ولو كان الحجر واجبًا لما تركه النَّبيُّ ﷺ يبيع.

ونوقش:

أوَّلًا: بأنَّ الغبن ربَّما كان يسيرًا؛ لذلك لم يحجر عليه النَّبيُّ ﷺ.

وأجيب: بأنَّ الغبن اليسير يكاد لا ينفكُّ عنه أحدٌ، ولو حكمنا بردِّ البيع لوجود الغبن اليسير ما نفذ بيعٌ أبدًا.

ثانيًا: ربَّما أذن له النَّبيُّ ﷺ في البيع؛ لأنَّه لم يكن محجورًا عليه، فيكون سفيهًا مهمَلًا، والمنع إنَّما يكون على السَّفيه المحجور عليه.

وأجيب: بأنَّه في روايةٍ خارج الصَّحيحين: أن أهله قد طلبوا الحجر عليه من النَّبيِّ ﷺ، ومع ذلك لم يحجر عليه، وأذن له بالتَّصرُّف. [انظر: بدائع

قال تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، **(بِلَا قَضَاءِ)** حاكمٍ؛ لأنَّه ثَبَت بغيرِ حُكمِه، فزال لزوالِ مُوجِبِه بغيرِ حُكمِه[1].

(وَتَزِيدُ الجَارِيَةُ) على الذَّكَرِ **(فِي البُلُوغِ بِالحَيْضِ)**[2]؛ لقولِه ﷺ: «**لَا يَقْبَلُ اللهُ صَلَاةَ حَائِضٍ إِلَّا بِخِمَارٍ**»[3] رواه الترمذي وحسَّنه[4].

الصَّنائع ٧/ ١٦٩، المدوَّنة ٥/ ٢٢٠، الأمّ ٣/ ٢١٨، الفروع ٤/ ٣١٨، المعاملات الماليَّة ٢/ ٣٨].

(١) وهذا هو المذهب، لأنَّ السَّفه سبب الحجر وعلَّته، فيزول بزواله كما في حقِّ الصَّغير والمجنون، لكن إن بلغ رشيدٌ عاقلٌ، ثمَّ سَفِه، أو جُنَّ، فلا يحجر عليه إلَّا الحاكم، ولا يفكُّ الحجر عنه إلَّا الحاكم.

وعند المالكيَّة، والشَّافعيَّة: أنَّه لا يزول الحجر عن السَّفيه إلَّا بحكم القاضي؛ لأنَّه ثبت بحكم الحاكم، فلا يزول إلَّا به كالحجر على المدين، ولأنَّ الرُّشد يحتاج إلى اجتهادٍ في معرفته. [انظر: تبيين الحقائق ٥/ ١٩٤، الذَّخيرة ص ٣١٧، نهاية المحتاج ٤/ ٣٦٥، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٣٥١].

(٢) وهذا ممَّا لا خلاف فيه بين أهل العلم: أنَّ الحيض عَلَمٌ على البلوغ؛ لما استدلَّ به المؤلِّف. [انظر: المغني ٦/ ٥٩٩، أحكام القرآن للقرطبيِّ ٥/ ٣٥].

(٣) وجه الدَّلالة: أنَّه ﷺ علَّق قبول صلاة الحائض بالخمار فدلَّ على اعتباره.

(٤) رواه الترمذي (٣٧٧)، ورواه أحمد (٢٥١٦٧)، وأبو داود (٦٤١)، وابن ماجه (٦٥٥)، وابن خزيمة (٧٧٥)، وابن الجارود (١٧٣)، وابن حبان (١٧١١)، والحاكم (٩١٧)، من طريق حماد بن سلمة، عن قتادة، عن محمد بن سيرين، عن صفية بنت الحارث، عن عائشة رضي الله عنها مرفوعًا. وحسنه الترمذي، وصححه ابن خزيمة، وابن حبان، وابن الجارود، والحاكم، والذهبي، وابن الملقن، والألباني.

وأعله الدارقطني بالإرسال، فقال: (ورواه أيوب السختياني وهشام بن

(وَإِنْ حَمَلَتِ) الجاريةُ (حُكِمَ بِبُلُوغِهَا) عندَ الحملِ؛ لأنَّه دليلُ إنزالها؛ لأنَّ اللهَ تعالى أجرى العادةَ بخلقِ الولدِ مِن مائِهما[1]، فإذا وَلَدت حُكِمَ ببلوغِها مِن ستةِ أشهرٍ؛ لأنَّه اليقينُ[2].

حسان، عن ابن سيرين، مرسلًا عن عائشة: أنها نزلت على صفية بنت الحارث حدثتها بذلك، وقول أيوب وهشام أشبه بالصواب)، وأشار أبو داود إلى هذه العلة، فقال بعد الحديث: (رواه سعيد - يعني ابن أبي عروبة -، عن قتادة، عن الحسن، عن النبي ﷺ)، ثم ذكر رواية أيوب وهشام بن حسان المرسلة. ويقوي ذلك: أن حماد بن سلمة يخطئ في حديث قتادة كثيرًا كما قال الإمام مسلم في التمييز، وأقره ابن رجب.

وأجاب الألباني عن هذه العلة بذكر طرق أخرى عن أيوب وهشام بالوصل، وأن رواية قتادة عن الحسن المرسلة تقوي الطريق الآخر ولا تضعفه.

وله شاهد عند الطبراني في الأوسط (٧٦٠٦) من حديث أبي قتادة، وضعف الألباني إسناده. [انظر: التمييز ص ٢١٨، علل الدارقطني ١٤/ ٤٣١، شرح العلل ٢/ ٦٩٨، البدر المنير ٤/ ١٥٥، التلخيص الحبير ١/ ٦٦٥، الإرواء ١/ ٢١٤].

(١) قال تعالى: ﴿فَلْيَنظُرِ ٱلْإِنسَٰنُ مِمَّ خُلِقَ ۞ خُلِقَ مِن مَّآءٍ دَافِقٍ ۞ يَخْرُجُ مِنۢ بَيْنِ ٱلصُّلْبِ وَٱلتَّرَآئِبِ ۞﴾، وقوله ﷺ: «وإن غلب ماء المرأة آنثا بإذن الله»، رواه مسلمٌ.

(٢) أي: أقلُّ مدَّة الحمل ستَّةٌ إذا كانت تُوطَأ؛ لأنَّه اليقين، وإلَّا فلأكثر مدَّة الحمل منذ طلَّقت.

والصَّحيح من المذهب: أنَّ الجارية إذا بلغت ورشدت دفع إليها مالها.

وعن الإمام أحمد: لا يدفع إلى الجارية مالها إلَّا بعد رشدها حتَّى تتزوَّج وتلد، أو تقيم في بيت الزَّوج سنةً.

قال القاضي: عندي إذا لم تتزوَّج يدفع إليها مالها إذا عنست وبرزت

(وَلَا يَنْفَكُّ) الحجرُ عنهم (قَبْلَ شُرُوطِهِ) السابقةِ(١) بحالٍ، ولو صار شَيخًا(٢).

للرِّجال، قال المرداويُّ: وهو الصَّواب. [انظر: الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٣/٣٦٦].

(١) أي: ولا ينفكُّ الحجر عن السَّفيه، والصَّغير، والمجنون قبل شروطه السَّابقة، وهي البلوغ، أو العقل مع الرُّشد.

(٢) إذا بلغ سفيهًا ومنعنا عنه ماله، فمتى يدفع إليه ماله؟

الجمهور على أنّه لا يدفع إليه ماله، ولو بلغ مائة سنةٍ حتَّى يُؤنَس منه الرُّشد.

واستدلُّوا بما يلي:

قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾.

فدفع المال للصَّبيِّ موقوفٌ على تحقُّق شرطين:

الأوَّل: البلوغ، الثَّاني: إيناس الرُّشد منه.

وقد روى مسلمٌ (١٨١٢) أنَّ نجدة كتب إلى ابن عبَّاسٍ يسأله عن خمس خلالٍ، وفيه: «وكتبت تسألني متى ينقضي يُتْمُ اليتيم، فلعمري إنَّ الرَّجل لتنبت لحيته، وإنَّه لضعيف الأخذ لنفسه، ضعيف العطاء منها، فإذا أخذ لنفسه من صالح ما يأخذ النَّاس، فقد ذهب عنه اليُتْم...».

قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا﴾، وهو يشمل السَّفه المتَّصل بالبلوغ، والسَّفه الَّذي عاد إليه بعد أن كان رشيدًا.

ولما روى البخاريُّ (٦٠٧٣) أنَّ عائشة حُدِّثت أنَّ عبد الله بن الزُّبير قال في بيعٍ أو عطاءٍ أعطته عائشة: «والله لتنتهينَّ عائشة أو لأحجرنَّ عليها...».

فابن الزُّبير ﷺ يرى الحجر على الكبير ولو لم يكن متَّصلًا بالبلوغ.

وعند أبي حنيفة: يدفع إليه ماله إذا بلغ خمسًا وعشرين سنةً، حتَّى لو استمر

(وَالرُّشْدُ: الصَّلَاحُ فِي المَالِ)؛ لقولِ ابنِ عباسٍ في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النِّساء: ٦]، أي: صلاحًا في أموالهم(١)، ....

معه السَّفه؛ لأنَّ الحجر عليه إن كان من قبيل التَّعزير على تبذيره المال، فإنَّه إذا بلغ خمسًا وعشرين سنةً فقد انقطع رجاء التَّأديب؛ لأنَّه يتصوَّر أن يكون جَدًّا في هذه المدَّة.

وإن كان المنع مراعاةً للمصلحة، فإنَّ الإنسان في أوَّل أحوال البلوغ قد لا يفارقه السَّفه لقربه بزمان الصِّبا، وبعد تطاول الزَّمان به لا بدَّ من أن يستفيد رشدًا ما بطريق التَّجربة والامتحان. [انظر: أحكام القرآن للجصَّاص ٢/ ٧٦، المدوَّنة ٥/ ٢٢٠، أحكام القرآن لابن العربيِّ ١/ ٣٠٩، الأمَّ ٣/ ١٩٤، نهاية المحتاج ٤/ ٣٥٧، المغني الشَّرح الكبير ٤/ ٥١٢].

(١) رواه الطبري في التفسير (٧/ ٥٧٦)، وابن أبي حاتم في تفسيره (٤٨٠٢)، والبيهقي (١١٣٢٣)، من طريق معاوية بن صالح، عن علي بن أبي طلحة، عن ابن عباس. وعلي بن أبي طلحة لم يسمع من ابن عباس كما قال دحيم وأبو حاتم، ولكن قال ابن حجر: (إنما أخذ التفسير عن ثقات أصحابه، مجاهد وغيره، وقد اعتمده البخاري وأبو حاتم وغيرهما في التفسير)، وقال ابن تيمية عن تفسير علي بن أبي طلحة الوالبي عن ابن عباس: (وهو معروف مشهور، ينقل منه عامة المفسرين الذين يسندون كابن جرير الطبري، وابن أبي حاتم، وعثمان بن سعيد الدارمي، والبيهقي، والذين يذكرون الإسناد مجملًا، كالثعلبي، والبغوي، والذين لا يسندون كالماوردي، وابن الجوزي)، ولذا قال الإمام أحمد: (بمصر صحيفة في التفسير رواها علي بن أبي طلحة، لو رحل رجل فيها إلى مصر قاصدًا ما كان كثيرًا)، وذكر ابن حجر أن البخاري اعتمد عليها في صحيحه كثيرًا، أي: في التعاليق. [انظر: المراسيل لابن أبي حاتم ص١٤٠، الرد على من قال بفناء النار لابن تيمية ص٥٧، التلخيص الحبير ٤/ ٢٩٢، فتح الباري ٨/ ٤٣٩].

فعلى هذا يُدفَعُ إليه مالُه وإن كان مُفسدًا لدِينِه[١].

ويُؤنَسُ رُشدُه (**بِأَنْ يَتَصَرَّفَ مِرَارًا فَلَا يُغْبَنَ**) غَبْنًا فاحِشًا[٢] (**غَالِبًا، وَلَا يَبْذُلَ مَالَهُ**[٣] **فِي حَرامٍ**)؛ كخمرٍ وآلاتِ لهوٍ[٤]، (**أَوْ فِي غَيْرِ فَائِدَةٍ**)؛ كغناءٍ[٥] ونِفْطٍ[٦]؛ لأنَّ مَن صَرَف مالَه في ذلك عُدَّ سَفيهًا[٧].

(**وَلَا يُدْفَعُ إِلَيْهِ**)، أي: إلى الصغيرِ (**حَتَّى يُخْتَبَرَ**)؛ ليُعلمَ رُشْدُه (**قَبْلَ بُلُوغِهِ**

---

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكيَّة؛ لما استدلَّ به المؤلِّف.

وعند الشَّافعيَّة: الرُّشد: الصَّلاح في الدِّين والمال؛ لأنَّ حفظه للمال لا يوثق به مع فسقه؛ لأنَّه لا يؤمن أن يدعوه الفسق إلى التَّبذير. [انظر: الذَّخيرة ص ٣١٤، حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٢٩٨، مغني المحتاج ٢/ ١٧٠].

(٢) قوله: (يُؤنَس) بالبناء للمفعول، أي: يُعلَم رشده، بأن يتكرَّر منه البيع والشِّراء مرارًا، فلا يغبن غبنًا فاحشًا، والمرجع في ذلك إلى العرف، وقيَّده بالفاحش؛ لأنَّ غير الفاحش كلٌّ يُغبن به.

وقوله: (مرارًا) جمع مرَّةٍ، فيَصدُق على ثلاثٍ فأكثر، فلا يكفي مرَّةٌ، ولا مرَّتان.

(٣) يحتمل أنَّ المراد به الجنس، فيشمل بعض المال، ويحتمل أن لا يراد به الجنس، فيشمل كلَّ المال أو أكثره.

(٤) ونحو ذلك من المحرَّمات، إذ هو من إضاعة المال المنهيِّ عنه كما في حديث المغيرة بن شعبة ﷺ: «إنَّ الله كره لكم قيل وقال، وكثرة السُّؤال، وإضاعة المال»، متَّفقٌ عليه.

(٥) ولو كان مباحًا، كغناءٍ مباحٍ.

(٦) في الصِّحاح ٣/ ١١٦٥: (النِّفْط والنَّفْط: دهنٌ، والكسر أفصح).

(٧) بخلاف صرفه في البرِّ، وتقدَّم الكلام عليه قريبًا.

بِمَا يَلِيقُ بِهِ)[١]؛ لقولِه تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ﴾الآية [النِّسَاء: ٦][٢]، والاختبارُ يختصُّ بالمراهِقِ الذي يَعرِفُ المعاملةَ والمصلحةَ[٣].

(**وَوَلِيُّهُم**)، أي: وليُّ السفيهِ الذي بَلَغ سَفيهًا واستمرَّ[٤]، والصغيرِ، والمجنونِ، (**حَالَ الحَجْرِ: الأَبُ**) الرشيدُ العدلُ، ....

(١) في الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٣٦٣: (ولا يدفع ماله إليه حتَّى يختبر؛ لأنَّه إنَّما يعرف رشده باختباره؛ لقول الله تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ﴾ أي: اختبروهم، واختباره بتفويض التَّصرُّفات الَّتي يتصرَّف فيها أمثاله، فإن كان من أولاد التُّجَّار فوِّض إليه البيع والشِّراء، فإذا تكرَّر منه فلم يغبن ولم يضيِّع ما في يديه فهو رشيدٌ، وإن كان من أولاد الدَّهاقين والكبراء الَّذين يصان أمثالهم عن الأسواق دفعت إليه نفقة مدَّة لينفقها في مصالحه، فإن صرفها في مصارفها، واستوفى على وكيله، واستقصى عليه دلَّ على رشده، والمرأة يفوَّض إليها ما يفوَّض إلى ربَّة البيت من استئجار الغزَّالات، وتوكيلها في شراء الكتَّان، وأشباه ذلك، فان وجدت ضابطةً لما بيدها مستوفيةً من وكيلها فهي رشيدةٌ).

(٢) ظاهر الآية: أنَّ ابتلاءهم قبل البلوغ؛ لأنَّ الله تعالى سمَّاهم يتامى، وإنَّما يكون ذلك قبل البلوغ، ومدَّ اختبارهم إلى البلوغ بلفظ ﴿حَتَّىٰٓ﴾ فدلَّ على أنَّه قبله، ولأنَّ تأخيرهم إلى البلوغ يفضي إلى الحَجْر على البالغ الرَّشيد.

(٣) أي: والاختبار فيما تقدَّم ونحوه يختصُّ بالمراهق المميِّز الَّذي يعرف البيع والشِّراء والمصلحة والمفسدة، وإلَّا أدَّى إلى ضياع المال، والشَّارح دفع ما يتبادر من قول الماتن: (قبل) فإنَّه يشمل القليل والكثير، والكثير غير مرادٍ، ولو قال: (قبيل) بالتَّصغير لأشعر بذلك، وبيع الاختبار وشراؤه وغيره صحيحٌ للأمر به.

(٤) بخلاف من رشد، ثمَّ عاوده السَّفه، فلا ينظر في ماله إلَّا الحاكم كما يأتي.

ولو ظاهِرًا[١]؛ لكمالِ شَفقتِه، (ثُمَّ وَصِيُّهُ)؛ لأنَّه نائبُه، ولو بِجُعْلٍ وثَمَّ متبرِّعٌ، (ثُمَّ الحَاكِمُ)[٢]؛ لأنَّ الولايةَ انقطعت مِن جهةِ الأبِ، فتعيَّنَت للحاكمِ.

(١) في الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٣/٣٦٨: (يستحقُّ الأب الولاية على الصَّغير والمجنون بلا نزاعٍ، لكن بشرط أن يكون رشيدًا، ويكفي كونه مستور الحال على الصَّحيح من المذهب، وقيل: يشترط عدالته ظاهرًا وباطنًا).

فلا يحتاج إلى تعديل حاكمٍ.

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكيَّة؛ لأنَّ الجدَّ لا يدلي بنفسه، فلم يلِ مال الصَّغير قياسًا على الأخ ونحوه.

وعند الحنفيَّة: الولاية للأب ثمَّ وصيِّه، ثمَّ وصيِّ وصيِّه ثمَّ الجدِّأبي الأب وإن علا ثمَّ وصيه ثمَّ وصيِّ وصيِّه ثمَّ القاضي ثمَّ وصيِّه، لأنَّ الجدَّ أبٌ شرعًا ولغةً، وأمَّا تقديم وصيِّ الأب على الجدِّ؛ فلأنَّ الأب أعلم بمصلحة ولده، وأمَّا تقديم الجدِّ على القاضي؛ فلأنَّ شفقة الجدِّ أكمل من شفقة القاضي.

وعند الشَّافعيَّة: أنَّ الولاية للأب ثمَّ الجدِّ ثمَّ وصيِّهما، ثمَّ القاضي؛ لما تقدم، ويقدَّم الجدُّ على الوصيِّ قياسًا على ولاية النِّكاح.

وفي قولٍ للحنابلة واختاره ابن تيميَّة: أنَّ الولاية تثبت لسائر العصبة بشرط العدالة قياسًا على ولاية النِّكاح. [انظر: المصادر السَّابقة، اختيارات شيخ الإسلام ٧/١٥٧].

في الإنصاف أيضًا: (ظاهر قوله: ثمَّ لوصيِّه، ثمَّ للحاكم: أنَّ الجدَّ الأمَّ وسائر العصبات ليس لهم ولايةٌ، وهو المذهب. .

وعنه: - أي: الإمام أحمد - أنَّ للجدِّ ولايةً، قال في الفائق: وهو المختار، فعليها يقدَّم على الحاكم بلا نزاعٍ، ويقدَّم على الوصيِّ على الصَّحيح.

وذكر القاضي: أنَّ للأمِّ ولايةً.

ومَن فُكَّ عنه الحجرُ فَسَفِهَ أُعِيد عليه[١]، ولا يَنظُرُ في مالِه إلا الحاكمُ[٢]،

وقيل: لسائر العصبة ولايةٌ بشرط العدالة، اختاره الشَّيخ تقيُّ الدِّين.

قلت: الَّذي يظهر حيث قلنا: للأمِّ والعصبة ولايةٌ أنَّهم كالجدِّ في التَّقديم على الحاكم وعلى الوصيِّ على الصَّحيح).

لكن قال شيخ الإسلام: (لا يجوز أن يولَّى على مال اليتيم إلَّا من كان قويًّا خبيرًا بما ولي عليه، أمينًا، والواجب إذا لم يكن بهذه الصِّفة أن يستبدل به، ولا يستحقُّ الأجرة المسمَّاة، لكن إذا عمل لليتامى استحقَّ أجرة المثل كالعمل في سائر العقود الفاسدة).

وفي الإنصاف مع الشَّرح ١٣/ ٣٦٩: (يشترط في الحاكم ما يشترط في الأب، فإن لم يكن كذلك، أو لم يوجد حاكمٌ فأمينٌ يقوم به، اختاره الشَّيخ تقيُّ الدين، وقال: الحاكم العاجز كالعدم).

قال أحمد: حكَّامنا اليوم لا يجوز أن يُقْدَم إلى أحدٍ منهم، ولا يدفع إليه شيءٌ، فكلامهم محمولٌ على حاكمٍ أهل)، قال في الغاية ٢/ ١٣٧: (وهذا ينفعك في كلِّ موضعٍ فاعتمده).

(١) في الإنصاف مع الشَّرح ١٣/ ٣٩١: (بلا نزاعٍ).

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم.

وعند المالكيَّة: إذا كان قريب البلوغ فأبوه، فإن زاد على عام البلوغ فالحاكم.

وعند الشَّافعيِّ: يستحبُّ للحاكم أن يردَّ أمره بعد الحجر عليه إلى أبيه أو جدِّه، فإن لم يكن فلعصباته لشفقتهم.

وقال بعض الحنابلة: ينظر فيه الحاكم، أو أبوه. [انظر: حاشية ابن عابدين ٥/ ١٢٧، مِنَح الجليل ٣/ ١٧٢، الأمِّ ٣/ ١٩٥، نهاية المحتاج ٤/ ٣٦٥،

كمَنْ جُنَّ بعدَ بلوغٍ ورشدٍ(١).

(وَلَا يَتَصَرَّفُ لأَحَدِهِمْ وَلِيُّهُ إِلَّا بِالأَحَظِّ)(٢)؛ لقولِه تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، والسفيهُ والمجنونُ في معناه(٣).

(وَيَتَّجِرُ) وليُّ المحجورِ عليه(٤) **(لَهُ مجَّانًا)**، أي: إذا اتجر وليُّ اليتيمِ في مالِه كان الرِّبحُ كلُّه لليتيمِ؛ لأنَّه نماءُ مالِه، فلا يَستحِقُّهُ غيرُه إلا بعقدٍ،

الإنصاف مع الشَّرح ١٣/ ٣٩٠].

(١) وهذا هو المذهب: أنَّ وليَّه الحاكم.

والقول الثَّاني: أنَّه أبوه، ذكره في الرِّعاية الكبرى.

ونقل المرُّذويُّ عن الإمام أحمد: أرى أن يحجر الابن على الأب إذا أسرف، أو كان يضع ماله في الفساد. [انظر: الإنصاف مع الشَّرح ١٣/ ٣٩١].

(٢) وهذه قاعدةٌ في التَّصرُّف في مال المحجور عليه مأخوذةٌ من الآية الكريمة، ومفهومه: أنَّ ما لا حظ له فيه ليس له التَّصرُّف به كالتَّبرُّعات من هبةٍ، أو عتقٍ، أو محاباةٍ، ونحو ذلك، فإن فعل شيئًا من ذلك ضمن. [انظر: المصدر السَّابق].

وينفق عليه من ماله بالمعروف بغير إذن حاكم، وله خلط نفقة موليِّه بماله إذا كان أرفق؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ﴾.

(٣) أي: في معنى اليتيم؛ إذ النَّصُّ ورد فيه، فألحق به غيره بالقياس.

(٤) استحبابًا؛ لما ورد أن عمر رضي الله عنه قال: «ابتغوا بأموال اليتامى لا تستغرقها الصَّدقة»، رواه ابن أبي شيبة، وعبد الرَّزَّاق، وأبو عبيدٍ، والدَّارقطنيُّ، والبيهقيُّ ٤/ ١٠٧، وقال: (هذا إسنادٌ صحيحٌ، وله شواهد عن عمر رضي الله عنه)، ولما استدلَّ به المؤلِّف.

وقد روي مرفوعًا من حديث عمرو بن شعيبٍ عن أبيه عن جدِّه، وأنسٍ رضي الله عنه، ولا يثبت.

ولا يَعقِدُ الوليُّ لنفسِه(١).

(وَلَهُ دَفْعُ مَالِهِ) لمن يتَّجِرُ فيه **(مُضَارَبَةً بِجُزْءٍ)** معلومٍ **(مِنَ الرِّبْحِ)** للعاملِ(٢)؛ ....

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو مذهب الحنفيَّة، ومذهب الشَّافعيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وفي قولٍ للحنفيَّة، وقول المالكيَّة مع الكراهة، وبه قال بعض الحنابلة: الوليُّ إذا ضارب بمال الصَّغير أو المجنون استحقَّ جزءًا من الرِّبح حسبما عقد مع نفسه؛ لأنَّ الوليَّ يملك دفع مال الصَّغير أو المجنون إلى غيره مضاربةً بجزءٍ من ربحه، فكذلك يملك أخذه بذلك.

ونوقش: بأنَّه قياسٌ مع الفارق؛ لأنَّ العقد مع النَّفس محلٌّ للتُّهَمَة بالمحاباة، فلا يصحُّ، بخلاف العقد مع غيرها.

وفي قولٍ للحنفيَّة، وقولٍ للمالكيَّة، وبه قال إسحاق والحسن بن صالحٍ، وقولٍ لابن تيميَّة: يجوز مطلقًا؛ لأنَّ المتاجرة في مال اليتيم مشروعةٌ، فإذا جازت مع الأجنبيِّ، فمع الوليِّ من باب أَولَى، وفي قولٍ لابن تيميَّة: الرِّبح لليتيم، إلَّا إن كان الوصيُّ فقيرًا وقد عمل في المال، فله أن يأخذ أقلَّ الأمرين من أجرة مثله أو كفايته قياسًا على جواز أخذ الأجرة على الولاية، وقياسًا على جواز مضاربة الأجنبيِّ بمال اليتيم. [انظر: الفتاوى البزَّازيَّة ٦/ ٤٤٥، الكافي لابن عبد البرِّ ٢/ ١٠٣٣، الشَّرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢١، الفروع ٤/ ٣٢١، المبدع ٤/ ٣٣٨].

قال شيخ الإسلام: (ولو مات من يتَّجر لنفسه وليتيمه بماله، وقد اشترى شيئًا ولم يعرف لمن هو؛ لم يقسم، ولم يوقف الأمر حتَّى يصطلحا كما يقوله الشَّافعيُّ، بل مذهب أحمد: أنَّه يقرع، فمن قَرَعَ حلف وأخذ).

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، بشرط كون العامل

لأنَّ عائشةَ أبضَعَتْ مالَ محمدِ بنِ أبي بكرٍ رضي الله عنه[(١)]، ولأنَّ الوليَّ نائبٌ عنه فيما فيه مَصلحتُه.

وله البيعُ نَساءً[(٢)]، ....

أمينًا؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾، ودفع مال اليتيم مضاربةً قربانٌ له بالَّتي هي أحسن.

ولقوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾، ودفعه مضاربةً إصلاحٌ لليتيم، ولما تقدَّم من قول عمر رضي الله عنه: «ابتغوا في أموال اليتامى لا تستغرقها الصَّدقة»، ولأنَّ دفع مال الصَّغير والمجنون مضاربةً أحفظ له لتكون نفقته من فاضل ربحه كما يفعله البالغون العقلاء.

وعن الإمام أحمد: أنَّ الوليَّ لا يملك دفع مال الصَّغير أو المجنون إلى غيره مضاربةً؛ لأنَّه إنَّما جعل في يده ليحفظه فلا يملك دفعه إلى غيره مضاربةً. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) رواه عبد الرزاق (٦٩٨٣)، وابن أبي شيبة (١٠١١٤) من طريق يحيى بن سعيد، عن القاسم، قال: «كنا يتامى في حجر عائشة، فكانت تزكي أموالنا، ثم دفعته مقارضة فبورك لنا فيه» وإسناده صحيح، وعده ابن حزم من المحفوظ عن عائشة. [انظر: المحلى ٤/ ١١].

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: أنَّ الوليَّ يملك بيع مال الصَّبيِّ والمجنون نسيئةً، إذا كان فيه غبطةٌ ومصلحةٌ؛ لقوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾، وبيعه نسيئةً إذا كان فيه مصلحةٌ إصلاحٌ، ولأنَّ البيع نسيئةً قد يكون أكثر ثمنًا وأنفع؛ لأنَّ الأجل يأخذ قسطًا من الثَّمن فيملكه الوليُّ.

وعند الحنفيَّة: أنَّ الوليَّ يملك البيع إذا لم يخف جحودًا أو إنكارًا، ولم يكن الأجل بعيدًا؛ لأنَّ الوليَّ يملك الاتِّجار بمال الصَّغير والمجنون، والبيعُ

والقرضُ برهنٍ(١)، وإيداعُه(٢)، وشراءُ العقارِ(٣) وبناؤه لمصلحةٍ،

نسيئةً من عادة التُّجَّار. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) فالمذهب، ومذهب المالكيَّة، وقولٌ عند الشَّافعيَّة: الوليُّ يملك إقراض مال الصَّغير أو المجنون للمصلحة أو الحاجة كخوف نهبٍ أو حريقٍ أو غرقٍ.

واشترط الشَّافعيَّة، والحنابلة: أن يكون المقترض ثقةً مليئًا، وعند الحنابلة: أن يكون برهنٍ خلافًا للشَّافعيَّة؛ لأنَّ إقراض ماله عند المصلحة والحاجة فيه حظٌّ له.

وعند الحنفيَّة، وقولٍ للشَّافعيَّة: أنَّ القاضي يملكه مطلقًا؛ لأنَّ القاضي ينشغل عن مال الصَّغير والمجنون فملك إقراضه.

وأمَّا غير القاضي فلا يملكه إلَّا عند الحاجة كخوف نهبٍ، للحظِّ في ذلك. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول الشَّافعيَّة: أنَّ الوصيَّ يملك إيداع مال الصَّغير والمجنون بشرطين: أن تكون هناك حاجةٌ إلى الإيداع كالخوف على المال من نهبٍ أو حريقٍ، وأن يكون الإيداع عند ثقةٍ.

وإلَّا فلا يملك الإيداع؛ لأنَّ في إيداعه إخراجًا من يده فلا يملكه إلا لحاجةٍ ولثقةٍ.

وعند الحنفيَّة: يملك الإيداع مطلقًا؛ لأنَّه قد يعجز عن الحفظ بنفسه لكثرة أشغاله فيودعه عند غيره. [انظر: المبسوط ٢٨/٢٨، بدائع الصَّنائع ٥/١٥٤، القوانين الفقهيَّة ص ٣٢٧، المهذَّب ١/٣٣٦، مغني المحتاج ٢/١٧٥، الشَّرح الكبير لابن قدامة ٤/٥٢٢، الفروع ٤/٣٢٠، المبدع ٤/٣٣٩، وأحكام الحجر ص٢٣٤].

(٣) باتِّفاق الأئمَّة؛ لما في ذلك من المصلحة؛ لكن اشترط الشَّافعيَّة أن يكون من مأمونٍ، ولم يكن في موضعٍ قد أشرف على الخراب. [انظر: المصادر السَّابقة].

وشراءُ الأضحيّةِ لموسرٍ(١)، وتَركُهُ في المكتبِ بأُجرةٍ(٢).

ولا يَبيعُ عقارَه إلا لضرورةٍ أو غبطةٍ(٣).

---

(١) وهذا هو المذهب، وبه قال أبو حنيفة، وهو مذهب المالكيَّة؛ لأنَّ التَّضحية له جبرٌ لقلبه كالثِّياب الحسنة؛ إذ هو يوم عيدٍ وفرحٍ، واستحباب التَّوسعة فيه.

وعند الشَّافعيَّة: أنَّه لا يملك التَّضحية عنه؛ لأنَّ الأضحية تبرُّعٌ، والوليُّ ممنوعٌ من التَّبرُّع كالهديَّة.

ونوقش: بأنَّ الأضحية وإن كان فيها شيءٌ من التَّبرُّع، لكن لمصلحة المحجور عليه. [انظر: مجمع الضَّمانات ص ٣٩٧، الكافي لابن عبد البرِّ ٢/ ٨٣٤، المجموع ٨/ ٤٢٥، الشَّرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢٣، المحرَّر ١/ ٣٤٧].

(٢) وهذا باتِّفاق الأئمَّة: أنَّ الوليَّ يملك الاستئجار لتعليم الصَّغير؛ لقوله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ﴾، وهذا من الإصلاح، ولأنَّ تعليم الصَّغير من مصالحه فجرى مجرى نفقته كمأكوله وملبوسه. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٣) فالمذهب وهو قول جمهور أهل العلم: أنَّ الوليَّ يملك بيع العقار إذا كان هناك مصلحةٌ.

وبه قال شيخ الإسلام، جاء في مجموع الفتاوى ٣١/ ٣٣١: (بيع العقار ليس للوصيِّ أن يفعله إلَّا لحاجةٍ أو مصلحةٍ بيِّنةٍ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ﴾، وهذا من الإصلاح.

ولشراء النَّبيِّ ﷺ مسجد المدينة من اليتيمين، فيدلُّ على جواز بيع عقار اليتيم وإن لم يكن محتاجًا للنَّفقة إذا كان هناك مصلحةٌ، وهنا مصلحةٌ عامَّةٌ للمسلمين، وهي بناء المسجد.

(وَيَأْكُلُ الوَلِيُّ الفَقِيرُ مِنْ مَالِ مَوْلِيِّهِ)؛ لقولِه تعالى: ﴿وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦]، (الأَقَلَّ مِنْ كِفَايَتِهِ أَوْ أُجْرَتِهِ)(١)، أي: أجرةِ عَملِه؛

وعند متأخِّري الحنفيَّة، وأكثر الشَّافعيَّة، وبعض الحنابلة: أنَّ الوليَّ لا يملك البيع إلَّا في حالتين:

الأولى: أن يكون محتاجًا إلى البيع لنفقةٍ أو قضاء دينٍ ونحو ذلك.

الثَّانية: أن يكون بيعه غبطةً، وهي أن يبذل في بيعه زيادةً كثيرةً على ثمنه؛ لأنَّ العقار أنفع وأسلم ممَّا عداه؛ فلا يملك الوليُّ بيعه إلَّا في الحالتين السَّابقتين، ولأنَّ في بيعه من غير حاجةٍ وغبطةٍ تفويتًا للحظِّ الحاصل به.

[انظر: المصادر السَّابقة].

(١) إذا كان الولي فقيرًا فله الأكل من مال الصَّغير والمجنون، وإن كان غنيًّا فليس له الأكل خلافًا لابن عقيلٍ رحمه الله.

والدَّليل على ذلك: قوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾، وورد عن عمر رضي الله عنه أنَّه قال: «إنِّي أنزلت مال الله تعالى منِّي بمنزلة مال اليتيم، إن استغنيت استعففت، وإن افتقرت أكلت بالمعروف، فإذا أيسرت قضيت»، رواه ابن حزمٍ في المحلَّى ٨/ ٣٢٤ وإسناده صحيح.

واختلف العلماء في مقدار ما يأكله الفقير:

فالمذهب، وهو قول أكثر الشَّافعيَّة، واختيار شيخ الإسلام: أنَّ الوليَّ يأكل الأقلَّ من أجرة مثله، أو قدر كفايته؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند بعض الحنابلة: أنَّ الوليَّ يأكل بقدر عمله؛ لأنَّ الأكل لأجل العمل فيقدَّر بقدره.

ونوقش: بعدم التَّسليم بل الأكل لأجل الحاجة والعمل.

وعند بعض الشَّافعيَّة: يأكل بقدر كفايته؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾، والمعروف قدر كفايته.

لأنَّه يَستحِقُّ بالعملِ والحاجةِ جميعًا، فلم يجزْ أن يأخُذَ إلا ما وُجِدَا فيه، (مجَّانًا)[١]، فلا يَلزَمُه عِوضُه إذا أيسر؛ لأنَّه عِوضٌ عن عَملِه، فهو فيه

ونوقش: بأنَّ استحقاق الأكل لأجل العمل والحاجة جميعًا فيأكل الأقل، وعلى هذا فالأقرب القول الأوَّل. [انظر: روضة الطَّالبين ٤/ ١٩٠، الشَّرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٣١، الاختيارات الفقهيَّة ص ١٣٨، قواعد ابن رجبٍ ص ١٣٠، الإنصاف ٥/ ٣٣٨].

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور العلماء؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾، وما ترتَّب على المأذون غير مضمونٍ.

ولما روى عمرو بن شعيبٍ عن أبيه عن جدِّه أنَّ رجلًا أتى النَّبيَّ ﷺ فقال: «إنِّي فقيرٌ ليس لي شيءٌ، ولي يتيمٌ»، قال: «كُلْ من مال يتيمك غير مسرفٍ ولا مبادرٍ ولا متأثِّل»، رواه أحمد، وأبو داود، والنَّسائيُّ، وابن ماجه، وسكت عنه أبو داود وقواه ابن حجر.

ولقول عائشة ﵂: «والي اليتيم إذا كان محتاجًا يأكل بالمعروف؛ لقيامه بماله»، رواه ابن جريرٍ.

ولأنَّ الإجماع قائمٌ على أنَّ الإمام النَّاظر على المسلمين لا يجب عليه عوض ما أكل بالمعروف، فالوليُّ كذلك، ولأنَّ أكله عوضٌ في مقابل عمله.

وعند أبي يوسف من الحنفيَّة، وهو روايةٌ عن الإمام أحمد: أنَّ أكله على سبيل القرض لا الإباحة، فيلزمه عوضه إذا أيسر؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾، والمال في يد الوليِّ أمانةٌ فلا حاجة للإشهاد، وإنَّما الإشهاد عند الأخذ قرضًا ليأكل منه.

ونوقش: بأنَّ الإشهاد احتياطًا، وبُعدًا عن التُّهَمة مع كونه أمانةً.

ما ورد قريبًا من قول عمر: «إنِّي أنزلت مال الله تعالى ...».

ونوقش: بأنَّ هذا ورعٌ من عمر ﵁.

كالأجيرِ والمضارَبِ.

(وَيُقْبَلُ قَوْلُ الوَلِيِّ) بيمينِه[١]، (وَالحَاكِمِ) بغيرِ يمينٍ، (بَعْدَ فَكِّ الحَجْرِ فِي النَّفَقَةِ)[٢] وقدرِها ما لم يخالِفْ عادةً وعرفًا[٣].

وعلَّلوا: بأنَّ أكل الوليِّ للحاجة فيضمنه كالمضطرِّ.

ونوقش: بأنَّه قياسٌ مع الفارق؛ إذ المضطرُّ لم يأكله عوضًا عن شيءٍ بخلاف الوليِّ، وعلى هذا فالأقرب قول جمهور العلماء. [انظر: بدائع الصَّنائع ٥/ ١٤٥، أحكام القرآن لابن العربيِّ ١/ ٣٢٦، أحكام القرآن للقرطبيِّ ٥/ ٤٢، المذهب ١٠/ ٣٣٧، الشَّرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٣١].

(١) في الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٤٠٦: (إذا ادَّعى الوليُّ الإنفاق على الصَّبيِّ والمجنون أو على ماله أو عقاره بالمعروف من ماله، أو ادَّعى أنَّه باع عقاره لحظِّه، أو بناه لمصلحته، أو أنَّه تلف؛ قُبِل قوله.

وقال أصحاب الشَّافعيِّ: لا يمضي الحاكم بيع الأمين والوصيِّ حتَّى يثبت عنده الحظُّ ببيِّنةٍ، ولا يقبل قولهما في ذلك، ويقبل قول الأب والجدِّ.

ولنا: أنَّ من جاز له بيع العقار، وشراؤه لليتيم يجب أن يقبل قوله في الحظِّ كالأب والجدِّ؛ ولأنَّه يقبل قوله في عدم التَّفريط فيما تصرَّف فيه من غير العقار فيقبل قوله في العقار كالأب).

(٢) لعدم التُّهمة. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٤٥٠].

وفي حاشية العنقريِّ ٢/ ٢٣٦: (وبحث مرعيٌّ بأنَّ الأب كالحاكم، وهو ظاهرٌ، إلَّا أنَّ ظاهر كلامهم يخالفه).

(٣) في حاشية العنقريِّ ٢/ ٢٣٦: (وقال في مختصر التَّحرير وشرحه: ومن أدلَّة الفقه تحكيم العادة، وهو معنى قول الفقهاء: إنَّ العادة محكَّمةٌ أي: معمولٌ بها شرعًا؛ لحديث يروى عن عبد الله بن مسعودٍ ﵁ موقوفًا عليه وهو: «ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسنٌ»، رواه أحمد.

ولو قال: أنفقتُ عليك منذُ سنتين، فقال: منذُ سنةٍ؛ قُدِّمَ قولُ الصبيِّ[١]؛ لأنَّ الأصلَ موافقتُه.

(وَ) يُقبلُ قولُ الوليِّ أيضًا في وجودِ (**الضَّرُورَةِ وَالغِبْطَةِ**)[٢] إذا باع عقارَه وادَّعاهما، ثم أنكرَهُ[٣].

(وَ) يُقبلُ قولُ الوليِّ أيضًا في (**التَّلَفِ**)[٤] وعدمِ التَّفريطِ؛ لأنَّه أمينٌ، والأصلُ براءتُه[٥].

(وَ) يُقبلُ قولُه أيضًا في (**دَفْعِ المَالِ**)[٦] إليه بعدَ رشدِه؛ لأنَّه أمينٌ، ....

ولقول ابن عطيَّة في قوله سبحانه وتعالى: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ﴾ أنَّ معنى العرف: كلُّ ما عرفته النُّفوس ممَّا لا تردُّه الشَّريعة، قال ابن ظفر في الينبوع: ما عرفه العقلاء بأنَّه حسنٌ، وأقرَّهم الشَّارع عليه، ثمَّ ساق جملًا من الأحاديث استدلالًا على ذلك وأمثلته، ثمَّ قال: وأمثال هذه كثيرةٌ لا تنحصر).

(١) وفي الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٤٠٦: (لأنَّ الأصل حياة والده، واختلافهما في أمرٍ ليس الوصيُّ أمينًا فيه فقدِّم من يوافق قوله الأصل).

(٢) في كشَّاف القناع ٣/ ٤٥٦: (ومصلحةٌ اقتضت بيع عقار المحجور، فعلم منه: أنَّه لا يعتبر ثبوت ذلك عند الحاكم لكنَّه أحوط دفعًا للتُّهمة).

(٣) أي: ادَّعى الوليُّ الضَّرورة والغبطة المقتضية لبيع العقار، ثمَّ أنكره الصَّبيُّ.

(٤) أي: تلف مال المحجور عليه أو بعضه، لكن بيمينه.

(٥) في الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٣/ ٤٠٦: (ومتى زال الحجر فادَّعى على الوليِّ تعدِّيًا أو ما يوجب ضمانًا فالقول قول الوليِّ بلا نزاعٍ، جزم به الأصحاب، منهم صاحب الفروع، وقال: ما لم تخالفه عادةٌ وعرفٌ، ويحلف غير الحاكم على الصَّحيح من المذهب).

(٦) وهذا هو المذهب؛ لأنَّه أمينٌ.

وقال ابن قدامة: (ويحتمل أنَّ القول قول الصَّبيِّ؛ لأنَّ الأصل معه، ولأنَّ

وإن كان بجُعْلٍ لم يُقبَلْ قولُه في دفعِ المالِ[١]؛ لأنَّه قَبَضه لنفعِه؛ كالمرتهِنِ.

ولوليٍّ مميِّزٍ وسيِّدِه أن يأذنَ له في التجارةِ[٢]، فينفَكُّ عنه الحجرُ في قَدْرِ ما أُذِنَ له فيه[٣].

الله سبحانه قال: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ فَأَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِمْ﴾، فمن ترك الإشهاد فقد فرَّط فلزمه الضَّمان.

والأوَّل: المذهب، وكذا الحكم في المجنون السَّفيه) اهـ.

وفي قواعد ابن رجبٍ: ويحتمل أن لا يقبل قوله - أي: الوليُّ - إلَّا ببيِّنةٍ، وقوَّاه في الإنصاف. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٤٠٧، قواعد ابن رجبٍ، القاعدة ٤٤].

(١) في كشَّاف القناع ٣/ ٤٥٦: (وإلَّا يكن الوليُّ متبرِّعًا بل بأجرةٍ فلا يقبل قوله في دفع المال إليه بل قول اليتيم؛ لأنَّ الوليَّ قبض المال لحظِّه، فلم تقبل دعواه الرَّدَّ كالمرتهن والمستعير).

وهذا هو الصَّحيح من المذهب.

والقول الثَّاني في المذهب: يقبل قوله مطلقًا، وهو ظاهر كلام المصنِّف - أي: ابن قدامة - وجماعةٍ. [انظر: الإنصاف مع الشَّرح ١٣/ ٤٠٧].

(٢) أي: لوليٍّ حرٍّ مميِّزٍ، وسيِّد قنٍّ مميِّزٍ أن يأذن لمولِيِّه وقنِّه المميِّز في التِّجارة؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ﴾، ولأنَّه عاقلٌ محجورٌ عليه فصحَّ تصرُّفه بإذن وليِّه وسيِّده كالعبد الكبير والسَّفيه، وأمَّا المجنون والطِّفل فلا يصحُّ تصرُّفهما مطلقًا.

(٣) وفي حاشية العنقريِّ ٢/ ٢٣٧: (قال في المنتهى: ويتقيَّد فكٌّ بقدرٍ ونوعٍ، قال في شرحه: بأن قال له وليُّه أو سيِّده: اتَّجر في مائة دينارٍ فما دون، فلا يتجاوزها، أو قال له: اتَّجر في البُرِّ فقط، فلا يتعدَّاه؛ لأنَّه يتصرَّف بالإذن من جهة آدميٍّ فوجب أن يتقيَّد بما أذن له فيه.

(وَمَا اسْتَدَانَ العَبْدُ لَزِمَ سيِّدَهُ) أداؤه (إِنْ أَذِنَ لَهُ) في استدانتِه ببيعٍ أو قرضٍ؛ لأنَّه غرَّ الناسَ بمعاملتِه[1]، ....

فائدتان: الأولى: قال في المنتهى: ومن رآه سيِّده أو وليُّه يتَّجر فلم ينهه لم يكن مأذونًا. اهـ.

قال في حاشيته: وقال أبو حنيفة في العبد: يصير مأذونًا له، وقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: الَّذي ينبغي أن يقال فيما إذا رأى عبده يبيع فلم ينهه، وفي جميع المواضع: أنَّه لا يكون إذنًا، ولا يصحُّ التَّصرُّف، لكن يكون تغريرًا فيكون ضامنًا، بحيث إنَّه ليس له أن يطالب المشتري بالضَّمان، فإنّ ترك الواجب عندنا كفعل المحرَّم، كما تقول فيمن قدر على إنجاء إنسانٍ من هلكةٍ، بل الضَّمان هنا أقوى.

الثَّانية: هل للصَّبيِّ المأذون له أن يوكِّل؟ قال في الكافي: هو كالوكيل، قلت: لو قيل بعدم جوازه مطلقًا لكان متَّجهًا. اهـ.

(١) العبد قسمان:

الأوَّل: أن يكون مأذونًا له في التَّصرُّف أو في الاستدانة، فما يلزمه من الدَّين هل يتعلَّق برقبته أو ذمَّة سيِّده؟ على روايتين:

الأولى: يتعلَّق برقبته، وهو ظاهر قول أبي حنيفة؛ لأنَّه قال: يباع إذا طالب الغرماء ببيعه، وهذا معناه أنَّه يتعلَّق برقبته؛ لأنَّه دينٌ ثبت برضا من له الدَّين فيباع فيه كما لو رهنه.

والثَّانية: يتعلَّق بذمَّة السَّيِّد، وهو الَّذي ذكره الخِرَقيُّ، وفي الإنصاف: وهو الصَّحيح من المذهب، فعلى هذه الرِّواية يلزمه جميع ما ادَّان، وقال مالكٌ والشَّافعيُّ: إن كان في يده مالٌ قضيت ديونه منه، وإن لم يكن في يده شيءٌ تعلَّق بذمَّته، يُتْبَع به إذا أُعتق وأيسر؛ لأنَّه دَينٌ ثبت برضا من له الدَّين أشبه غير المأذون.

ووجه قول الخِرَقيِّ: أنَّه إذا أذن له في التِّجارة فقد أغرى النَّاس بمعاملته.

(وَإِلَّا) يَكُنِ استدانَ بإذنِ سيدِه[١]، (فَـ) ما استدانَه (فِي رَقَبَتِهِ)[٢]؛ يُخيَّرُ سيدُه بينَ بيعِه، وفدائِه بالأقلِّ مِن قيمتِه أو دَيْنِه، ولو أعتقه[٣]، وإن كانت العينُ باقيةً رُدَّت لربِّها[٤]؛ ....

(١) وهذا هو القسم الثَّاني: وهو العبد المحجور عليه فما لزمه من الدَّين بغير رضا سيِّده مثل أن يقترض ويشتري شيئًا في ذمَّته ففيه روايتان:

إحداهما: يتعلَّق برقبته، اختارها الخِرقيُّ وأبو بكرٍ؛ لأنَّه دَينٌ لزمه بغير إذن سيِّده فتعلَّق برقبته كالإتلاف، وفي الإنصاف: وهذا هو المذهب.

والثَّانية: يتعلَّق بذمَّته يَتْبَعه الغريم به إذا أعتق وأيسر، وهو مذهب الشَّافعيُّ؛ لأنَّه مُتصرِّفٌ في ذمَّته بغير إذن سيِّده فتعلَّق بذمَّته كعوض الخلع من الأمة، وكالحرِّ. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/٤١٧].

(٢) في حاشية العنقريِّ ٢/٢٣٨: (قوله في رقبته: أي: إذا لم يأذن له السَّيِّد، ظاهره: علم مُعامِلُه أو لا، هذا من المفردات.

وعنه: يتعلَّق بذمَّته به بعد عتقه.

وعنه: إن علم مُعامِلُه فلا شيء له، وصوَّبها الشَّيخ تقيُّ الدِّين). اهـ.

(٣) في حاشية العنقريِّ ٢/٢٣٨: (قوله: ولو أعتقه؛ ظاهره: أنَّه مخيَّرٌ فيما ذكره وهو غير مرادٍ؛ لأنَّه إذا أعتقه لا يمكن تسليمه بل يلزمه الَّذي عليه قبل العتق، وهو أقلُّ الأمرين من قيمته أو البدل، ففي العبارة إيهامٌ.

فائدةٌ:

قال الشَّيخ عثمان في حاشية المنتهى ٢/٥١٣: (دين العبد على ثلاثة أقسامٍ: قسمٌ يتعلَّق بذمَّة السَّيِّد، وهي: الدُّيون الَّتي أذن له فيها، وقسمٌ يتعلَّق برقبته، وهي: ما لم يؤذن له فيه ممَّا ثبت ببيِّنةٍ من الإتلافات، أو تصديق السَّيِّد، وقسمٌ يتعلَّق بذمَّته، وهو: ما لم يثبت بغير إقرار العبد فقط).

(٤) إذا أمكن أخذه لها؛ لبقاء ملكه عليها؛ لفساد العقد.

(كَاسْتِيدَاعِهِ)، أي: أَخْذِه وديعةً فَيُتلِفَها[١]، (وَأَرْشِ جِنَايَتِهِ، وقِيمَةِ مُتْلَفٍ)، فيتعلَّقُ ذلك كلُّه برقبتِه[٢]، ويُخيَّرُ سيِّدُه كما تقدَّم[٣].

ولا يَتبرَّعُ المأذونُ بدراهِمَ ولا كِسوةٍ، بل بإهداءِ مأكولٍ، وإعارةِ دابةٍ، وعملِ دعوةٍ بلا إسرافٍ[٤].

---

(١) فيتعلَّق برقبته.

(٢) سواءٌ كان مأذونًا له في التِّجارة أو لا؛ إذ الإذن في التِّجارة لا يتضمَّن الإذن في الجنايات والإتلافات. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٤٥٩].

(٣) أي: بين بيعه وفدائه بالأقلِّ من قيمته أو دَينه، أو تسليمه إن لم يعتقه. [انظر: حاشية العنقريِّ ٢/ ٢٣٨].

فإذا بيع وكان ثمنه أقلَّ ممَّا عليه فليس لرب الدَّين ونحوه إلَّا ذلك؛ لأنَّ العبد هو الجاني، فلم يجب على غيره شيءٌ، وإن كان ثمنه أكثر فالفضل للسَّيِّد، وإن اختار فداءً لزمه أقلُّ الأمرين من قيمته أو أرش جنايته؛ لأنَّ أرش الجناية إن كان أكثر فلا يتعلَّق بغير العبد الجاني لعدم الجناية من غيره، وإنَّما تجب قيمته، وإن كان أقلَّ لم يجب بالجناية إلَّا هو. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٤١٩].

(٤) في كشَّاف القناع ٣/ ٤٦٠: (ولا يصحُّ تبرُّع مأذونٍ له بدراهم ولا بكسوة ثيابٍ ونحوها كفرسٍ وحمارٍ؛ لأنَّ ذلك ليس من التِّجارة ولا يحتاج إليه كغير المأذون له، وظاهره: ولو قلَّ، قاله في المبدع، ويجوز له أي: للمأذون له هديَّة مأكولٍ، وإعارة دابَّةٍ وعمل دعوةٍ ونحوه كإعارة ثوبه بلا إسرافٍ؛ لأنَّه ﷺ «كان يجيب دعوة المملوك»، ولأنَّه ممَّا جرت به عادة التُّجَّار فيما بينهم فيدخل في عموم الإذن).

وقال في النِّهاية: الأظهر: أنَّه لا يجوز؛ لأنَّه تبرُّعٌ بمال مولاه فلم يجز كنكاحه.

ولغيرِ المأذونِ له الصدقةُ مِن قُوتِه بنحوِ الرغيف إذا لم يَضرُّه[١].

وللمرأةِ الصَّدَقةُ مِن بيتِ زوجِها بذلك[٢]، ما لم تَضطرِبِ العادةُ[٣]، أو يَكُن بخيلًا، أو تَشُكَّ في رضاه[٤].

---

(١) لأنَّه ممَّا جرت العادة بالمسامحة فيه. [انظر: المصدر السَّابق].

(٢) أي: برغيفٍ ونحوه؛ لحديث عائشة ﵂ مرفوعًا: «إذا أنفقت المرأة من طعام زوجها غير مفسدةٍ كان لها أجرها بما أنفقت، ولزوجها أجر ما كسب، وللخازن مثل ذلك، لا يَنقُصُ بعضهم من أجر بعضٍ شيئًا»، متَّفقٌ عليه.

ولحديث أسماء ﵂: «أنَّها جاءت إلى النَّبيِّ ﷺ فقالت: يا رسول الله ليس لي شيءٌ إلَّا ما أدخل عليَّ الزُّبير، فهل عليَّ جناح أن أرضخ ممَّا يدخل عليَّ؟ قال: «ارضخي ما استطعت، ولا تُوعِي فيُوعِيَ الله عليك»، متَّفقٌ عليه، ولأنَّ العادة السَّماح بذلك، وطيب النَّفس به، وهذا هو المذهب.

والرِّواية الثَّانية: لا يجوز؛ لحديث جابرٍ مرفوعًا: «إنَّ دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرامٌ»، متَّفقٌ عليه، ولقوله ﷺ: «لا يحلُّ مال امرئٍ مسلمٍ إلَّا عن طيب نفسٍ منه»، رواه أحمد، والدَّارقطنيُّ.

قال ابن قدامة: (والصَّحيح الأوَّل؛ لأنَّ الأحاديث فيه خاصَّةٌ صحيحةٌ، والخاصُّ يقدَّم على العامِّ ويبيِّنه). [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٤٣٢].

(٣) في حاشية العنقريِّ ٢/ ٣٣٩: (قوله: ما لم تضطرب العادة أي: تختلف.

وفيه أيضًا: قوله: ما لم تضطرب العادة، نحو أن يكون بعضٌ يمنع وبعضٌ لا يمنع).

(٤) وفي كشَّاف القناع ٣/ ٤٦٠: (فإن كان في بيت الرَّجل من يقوم مقام امرأته كجاريته وأخته وغلامه المتصرِّف في بيت سيِّده وطعامه فهو كزوجته، يجوز له الصَّدقة بنحو رغيفٍ من ماله، ما لم يمنع أو يكن بخيلًا، أو يضطرب عرفٌ ويشكَّ في رضاه).

(بَابُ الوَكَالَةِ)

بفتحِ الواوِ وكسرِها: التفويضُ[(١)]، يَقولُ: وكَلتُ أمري إلى اللهِ، أي: فوَّضتُه إليه.

واصطلاحًا: استنابةُ جائزِ التصرُّفِ مثلَه فيما تَدخلُه[(٢)] ....

---

(١) الوكالة: اسم مصدرٍ من التَّوكيل، وقد وردت بفتح الواو وكسرها، ولها عدَّة معانٍ في اللُّغة فمنها: الحفظ، والتَّفويض، والاعتماد، والقيام بأمر الغير. [انظر: لسان العرب ٣/ ٩٧٧، ٦/ ١٣٦].

(٢) ومن تعريفات الحنفيَّة كما في حاشية ابن عابدين ٥/ ٥١٠: (إقامة الغير مقام نفسه في تصرُّفٍ جائزٍ معلومٍ).

ومن تعريفات المالكيَّة كما في مواهب الجليل ٥/ ١٨١: (نيابة ذي حقٍّ غير ذي إمرةٍ ولا عبادةٍ لغيره فيه غير مشروطٍ بموته).

ومن تعريفات الشَّافعيَّة كما في حاشية البجيرميِّ ٣/ ٤٧: (تفويض شخص أمره إلى آخر فيما يقبل النِّيابة ليفعله في حياته).

والوكالة جائزةٌ بالكتاب كما في قوله تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ فَلۡيَنظُرۡ أَيُّهَآ أَزۡكَىٰ طَعَامٗا فَلۡيَأۡتِكُم بِرِزۡقٖ مِّنۡهُ وَلۡيَتَلَطَّفۡ وَلَا يُشۡعِرَنَّ بِكُمۡ أَحَدًا﴾، وقال تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱلۡعَٰمِلِينَ عَلَيۡهَا... ٦٠﴾، وقال تعالى: ﴿ٱذۡهَبُواْ بِقَمِيصِي هَٰذَا فَأَلۡقُوهُ عَلَىٰ وَجۡهِ أَبِي﴾.

ومن السُّنَّة: حديث أبي هريرة ﷺ: «أنَّ رجلًا أتى النَّبيَّ ﷺ يتقاضاه فأغلظ، فهمَّ به أصحابه، فقال رسول الله ﷺ: «دَعُوه، فإنَّ لصاحب الحقِّ مقالًا، أعطُوه سنًّا مثل سنِّه . . .»، رواه مسلمٌ.

ووكَّل عروةَ بن الجعد في شراء الشَّاة، وكان يأمر بإقامة الحدود.

النيابةُ[١].

(تَصِحُّ) الوكالةُ (بِكُلِّ قَوْلٍ يَدُلُّ عَلَى الإِذْنِ)، كـ: افعل كذا، أو أذنت لك في فِعلِه، ونحوِه[٢].

والإجماع منعقدٌ على جواز الوكالة، وقد نقله غير واحدٍ من العلماء. [انظر: فتح القدير لابن الهمام ٨/ ٤، بداية المجتهد ٢/ ٢٠١، تكملة المجموع ١٣/ ٥٣٨، المغني ٧/ ١٩٧، وأحكام الوكالة ص٢٣].

والحاجة داعيةٌ إليها؛ إذ لا يمكن كلَّ أحدٍ فعلُ ما يحتاج إليه بنفسه.

(١) وفي كشَّاف القناع ٣/ ٤٦١: (وهذا التَّعريف باعتبار الغالب، أو المراد جائز التَّصرُّف في ذلك الفعل الَّذي وكِّل فيه وإن لم يكن مطلق التَّصرُّف، فلا يَرِدُ صحَّة توكيل نحو عبدٍ فيما لا يتعلَّق بالمال مقصوده).

وأركانها: الموكِّل، والوكيل، والموكَّل فيه، والصِّيغة.

(٢) في كشَّاف القناع ٣/ ٤٦١: (وتصحُّ الوكالة أي: إيجابها بكلِّ قولٍ يدلُّ على الإذن في التَّصرُّف كوكَّلتك أو فوَّضت إليك في كذا، أو أذنت لك فيه، أو بعه، أو أعتقه، أو كاتبه، ونحو ذلك كأقمتك مقامي أو جعلتك نائبًا عنِّي؛ لأنَّه لفظٌ دالٌّ على الإذن فصحَّ كلفظها الصَّريح).

وفي الإنصاف مع الشَّرح ١٢/ ٤٣٧: (ظاهر كلام المصنِّف وغيره: عدم صحَّة الوكالة بالفعل الدَّالِّ عليها من الموكِّل).

المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: أنَّه يشترط في الإيجاب اللَّفظ ولا يكفي الفعل، لأنَّ الوكالة مبنيَّةٌ على الرِّضا، وطيب النَّفس من معاني القلب لا يعبِّر عنها إلَّا اللَّفظ، ونوقش بعدم التَّسليم، فالفعل يفهم من الرِّضا كاللَّفظ.

وعند الحنفيَّة، والمالكيَّة، ورواية عند الحنابلة اختارها شيخ الإسلام: أنَّ الإيجاب يصحُّ بالفعل، وبكلِّ ما دلَّ عليه عرفًا، ولحديث أبي هريرة ﵁ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «إنَّ الله تجاوز لأمَّتي ما حدَّثت به أنفسها ما لم تتكلَّم أو تعمل»،

وتصحُّ مؤقتةً(١)، ومعلقةً بشرطٍ(٢)؛ كوصيةٍ، وإباحةِ أَكْلٍ، وولايةِ قضاءٍ، وإمارةٍ.

متَّفقٌ عليه، فدلَّ على اعتبار الفعل في العقود، ولأنَّ الوكالة لا حدَّ لها في الشَّرع ولا في اللُّغة فيرجع إلى العرف، وتقدَّم في البيع انعقاد البيع بالفعل، وهذا أقرب.

وفي الفروع ٤/ ٣٤٠: (ودلَّ كلام القاضي على انعقادها بفعلٍ دالٍّ كبيعٍ، وهو ظاهر كلام الشَّيخ - ابن قدامة - فيمن دفع ثوبه إلى قصَّارٍ أو خيَّاطٍ، وهو أظهر كالقبول).

قال شيخ الإسلام كما في القواعد النُّورانيَّة ص ٧٧: (وهذه القاعدة الجامعة من أنَّ العقود تصحُّ بكلِّ ما دلَّ على مقصودها من قولٍ أو فعلٍ هي الَّتي تدلُّ عليها أصول الشَّريعة، وهي الَّتي تعرفها القلوب، وذلك أنَّ الله سبحانه وتعالى قال: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾، و قال: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ﴾ . . . ، إلى غير ذلك من الآيات، فإنَّ الدَّلالة فيها من وجوهٍ:

أحدها: أنَّه اكتفى بالتَّراضي في البيع. . . ، ولم يشترط لفظًا معيَّنًا ولا فعلًا معيَّنًا.

الثَّاني: أنَّ هذه الأسماء جاءت في كتاب الله وسنَّة رسوله ﷺ معلَّقًا بها أحكامٌ شرعيَّةٌ، وكلُّ اسمٍ فلا بدَّ له من حدٍّ . . . ، وما لم يكن له حدٌّ في اللُّغة ولا في الشَّرع، فالمرجع فيه إلى عرف الناس . . .). اهـ. [وانظر: إعلام الموقعين ٣/ ٣٨٧، ٣٨٨].

(١) كأنت وكيلي شهرًا، ونحو ذلك.

قال في الإنصاف ٥/ ٣٥٣: (بلا نزاعٍ أعلمه).

(٢) فلو قال الموكِّل: إذا دخل رمضان، أو قدم زيدٌ فافعل كذا؛ صحَّ.

وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفيَّة.

(وَيَصِحُّ القَبُولُ عَلَى الفَوْرِ وَالتَّرَاخِي)؛ بأن يوكِّلَه في بيعِ شيءٍ، فيبيعَه بعدَ سنةٍ، أو يبلِّغَه أنه وكَّلَه بعدَ شهرٍ، فيقولَ: قَبِلْتُ(١)، ....

لما روى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «إنْ قُتِلَ زيدٌ فجعفرٌ، وإن قتل جعفرٌ فعبد الله بن رواحة . . .»، رواه البخاريُّ، ولأنَّ التَّوكيل إطلاقٌ للتَّصرُّف، والإطلاقات ممَّا تحتمل التَّعليق بالشَّرط.

وعند الشَّافعيَّة: لا يجوز تعليق الوكالة بالشَّرط؛ لأنَّ الاشتراط يحتوي على الجهالة، وذلك منافٍ للعقود، فإنَّ الموكِّل لا يدري هل يتحقَّق ما اشترطه أم لا؟

ونوقش: بأنَّ الغالب وقوع الشَّرط فلا أثر للجهالة، وعلى هذا فالأقرب: قول الحنفيَّة، والحنابلة، ولأنَّ الأصل في المعاملات الحلُّ. [انظر: البحر الرَّائق ٧/ ١٣٩، نهاية المحتاج ٥/ ٢٧، المغني ٧/ ٢٠٤].

واختار ابن القيِّم: صحَّة تعليق الوكالة بالشَّرط كما يصحُّ تعليق الولايات بالشَّرط كما صحَّت به السُّنَّة، بل تعليق الوكالة أولى بالجواز . . .، قال: (وقد شرع الله لعباده التَّعليق بالشُّروط في كلِّ موضعٍ يحتاج إليه العبد حتَّى بينه وبين ربِّه، وتعليق العقود، والفسوخ، والتَّبرُّعات والالتزامات وغيرها بالشُّروط أمرٌ تدعو إليه الضَّرورة أو الحاجة أو المصلحة، فلا يستغني عنه المكلَّف. . .). [انظر: إعلام الموقِّعين ٣/ ٣٩٣، ٣٩٤، ٤٠٠، و٤/ ١٠٢، ١٠٣، إغاثة اللَّهفان ٢/ ١٥].

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما استدلَّ به المؤلِّف، ولأنَّ التَّوكيل إذنٌ في التَّصرُّف، وهذا الإذن قائمٌ ما لم يرجع عنه أشبه الإباحة.

وعند المالكيَّة: المرجع في ذلك العرف السَّائد.

وعند بعض الشَّافعيَّة: على الفور قياسًا على البيع.

ونوقش: بأنَّ البيع من عقود المعاوضات، أمَّا الوكالة فالأصل فيها التَّبرُّع. [انظر: البحر الرَّائق ٧/ ١٣٩، مواهب الجليل ٥/ ١٩٠، تكملة المجموع ١٣/

(بِكُلِّ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ دَالٍّ عَلَيْهِ)(١)، أي: على القبولِ؛ لأنَّ قَبولَ وكلائِه ﷺ كان بفعلِهِم، وكان مُتراخيًا عن توكيلِه إياهُم(٢)، قاله في المبدعِ(٣).

ويُعتبرُ تَعيينُ الوكيلِ(٤).

(وَمَنْ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي شَيْءٍ) لنفسِه (فَلَهُ التَّوْكِيلُ) فيه، (وَالتَّوَكُّلُ فِيهِ)(٥)، أي: جاز أن يَستَنِيبَ غيرَه، وأنْ يَنُوبَ عن غيرِه؛ لانتفاءِ المفسدةِ، والمرادُ:

٥٤٩، المغني ٧/ ٢٠٤، وأحكام الوكالة ص٣٤].

(١) قال في الإنصاف مع الشَّرح ١٢/ ٢٣٨: (بلا نزاعٍ أعلمه، وكذا كلُّ فعلٍ يدلُّ عليه على الصَّحيح من المذهب . . . ، وقيل: لا ينعقد القبول بالفعل). اهـ.

ويدخل في الفعل الكتابة والإشارة المفهومة.

(٢) كقبض الزَّكاة وإقامة الحدود.

(٣) [انظر: ٤/ ٣٥٥].

(٤) وهذا هو المذهب، وهو قول الجمهور؛ لأنَّ الوكالة عقدٌ تترتَّب عليه آثاره في الالتزامات والحقوق فاقتضى تعيين الوكيل.

وعند الشَّافعيَّة: أنَّ الوكيل المجهول إذا كان تابعًا لمعلومٍ صحَّ توكيله نحو أن يقول: وكَّلتك في بيع فرسي، وكلَّ مسلمٍ، فقوله: (وكلَّ مسلمٍ) مجهولٌ إلَّا أنَّ الوكيل المخاطب معلومٌ، فيصحُّ تصرُّف كلِّ مسلمٍ. [انظر: المبسوط ١٩/ ٧٣، تكملة ابن عابدين ٧/ ٢٦٧، مواهب الجليل ٥/ ١٨٢، شرح منهج الطُّلاب ٣/ ٥٦، نيل المآرب ١/ ١٥١، وأحكام الوكالة ص٣٤].

وهل يشترط علم الوكيل بالوكالة لصحَّة تصرُّفه؟ جمهور أهل العلم: لا يشترط، فإن تصرَّف ثمَّ علم أنَّه وكيلٌ صحَّ.

وعند الحنفيَّة: يشترط علمه بالوكالة، فتصرُّفه قبل العلم تصرُّف فضوليٍّ لا بدَّ له من إجازةٍ لاحقةٍ. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٥) لأنَّ النَّائب فرعٌ عن المستنيب.

فيما تَدخلُه النيابةُ، ويأتي.

ومَن لا يصحُّ تصرُّفُه بنفسِه فنائِبُه أَوْلَى، فلو وكَّلَه في بيعِ ما سَيملِكُه، أو طَلاقِ مَن يَتزوَّجُها؛ لم يصحَّ(١).

ويصحُّ توكيلُ امرأةٍ في طلاقِ نفسِها وغيرِها(٢)، وأن يَتوكَّلَ واجِدُ الطَّوْلِ في قَبولِ نكاحِ أَمَةٍ لمن تُباحُ له(٣)، وغنيٌّ لفقيرٍ في قَبولِ زكاةٍ(٤)، وفي قبولِ نكاحِ أختِه ونحوِها لأجنبيٍّ(٥).

(وَيَصِحُّ التَّوْكِيلُ فِي كُلِّ حَقِّ آدَمِيٍّ مِنَ العُقُودِ)؛ «**لأَنَّهُ** ﷺ **وَكَّلَ عُرْوَةَ بنَ الجَعْدِ فِي الشِّرَاءِ**»(٦)، وسائرُ العقودِ كالإجارةِ، والقرضِ، والمضاربةِ،

---

(١) في كشَّاف القناع ٣/ ٤٦٣: (وإن قال: إن تزوَّجت فلانة فقد وكَّلتك في طلاقها لم يصحَّ، بخلاف إن اشتريت فلانًا فقد وكَّلتك في عتقه؛ لصحَّة تعليق العتق على الملك بخلاف تعليق طلاق المرأة على نكاحها).

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفيَّة؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ خيَّر نساءه، ولأنَّ الحاجة داعيةٌ إلى ذلك ولا مانع منه.

وعند بعض الشَّافعيَّة: لا يصحُّ توكيل المرأة في طلاق غيرها، ويصحُّ توكيلها في طلاق نفسها؛ لعدم ملكها للطَّلاق، وجواز وكالتها في طلاق نفسها للحاجة. [انظر: تبيين الحقائق ٤/ ٢٥٧، تكملة المجموع ١٣/ ٥٤٦، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٤٤٢].

(٣) الوكالة في إيجاب النِّكاح وقبوله جائزةٌ باتِّفاق الفقهاء. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٤) أو كفَّارةٍ أو نذرٍ.

(٥) في كشَّاف القناع ٣/ ٤٦٣: (وسوى قبول نكاح أخته ونحوها كعمَّته من أبيه أو جدِّه ونحوه لأجنبيٍّ)، ويأتي بيانه في عقد النِّكاح.

(٦) رواه البخاري (٣٦٤٢) عن عروة البارقي: «أن النبي ﷺ أعطاه دينارًا

والإبراءِ، ونحوِها، في معناه[1]، (وَالفُسُوخِ)؛ كالخلعِ، والإقالةِ، (وَالعِتْقِ،

يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه».

(١) في الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٤٤٣: (وجملة ذلك أنَّ التَّوكيل يجوز في البيع والشِّراء، ومطالبة الحقوق، والعتق، والطَّلاق، حاضرًا كان الموكِّل أو غائبًا، وقد ذكرنا الدَّليل على ذلك من الآية والخبر، والحاجة تدعو إليه؛ لأنَّه قد يكون ممَّن لا يحسن البيع والشِّراء، أو لا يمكنه الخروج إلى السُّوق . . .، وكذلك يجوز التَّوكيل في الحوالة والرَّهن والضَّمان والكفالة والشَّركة والوديعة والمضاربة والجِعالة والمساقاة والإجارة والقرض والصُّلح والهبة والصَّدقة والوصيَّة والفسخ والإبراء؛ لأنَّها في معنى البيع في الحاجة للتَّوكيل فيها فيثبت فيها حكمه، ولا نعلم فيه خلافًا).

وعند جمهور أهل العلم: تصحُّ الوكالة في المطالبة بالحقوق رضي الخصم بالوكيل أو لم يرض؛ لأنَّ المطالبة بالحقوق تجوز فيه، فلصاحبها الاستنابة بغير رضا خصمه.

وعند أبي حنيفة: لا بدَّ لصحَّة الوكالة في المطالبة بالحقوق من رضا الخصم بالتَّوكيل، إلَّا إذا كان الموكِّل مريضًا أو قاصدًا للسَّفر أو امرأةً مخدَّرةً ففي هذه الأحوال ينتفي اشتراط رضا الخصم؛ لأنَّ التَّوكيل حوالةٌ، والحوالة لا تكون إلَّا برضا المحال عليه.

ونوقش: بعدم تسليم أن الوكالة حوالة.

وعلى هذا فالأقرب: قول جمهور أهل العلم، ولم يرد عن الصَّحابة اشتراط رضا الخصم. [انظر: تبيين الحقائق ٤/ ٢٥٥، مواهب الجليل ٥/ ٢٠١، تكملة المجموع ١٣/ ٥٤٢، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٤٤٣، أحكام الوكالة ٢٣٤].

وَالطَّلَاقِ)؛ لأنَّه يجوزُ التوكيلُ في الإنشاءِ، فجاز في الإزالةِ بطريق الأَوْلَى[(١)]، (وَالرَّجْعَةِ[(٢)]، وَتَمَلُّكِ المُباحَاتِ؛ مِنَ الصَّيْدِ وَالحَشِيشِ وَنَحْوِهِ)؛ كإحياءِ المواتِ[(٣)]؛ لأنَّها تملُّكُ مالٍ بسببٍ لا يَتعيَّنُ عليه، فجاز كالابتياعِ[(٤)].

(لَا الظِّهَارِ)؛ لأنَّه قولٌ منكرٌ وزورٌ[(٥)]، (وَاللِّعَانِ، وَالأَيْمَانِ)، والنذرِ، والقَسَامةِ[(٦)]، والقَسمِ بين الزوجات[(٧)]، والشهادةِ[(٨)]، والرَّضاعِ[(٩)]،

(١) لأنَّ الحاجة تدعو إليه أشبه البيع. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٤٤٤].

(٢) فإذا صحَّ في ابتداء النِّكاح فاستدامته من باب أَولى.

(٣) واستقاء الماء والاصطياد والاحتشاش.

وهذا هو الصَّحيح من المذهب، وهو مذهب المالكيَّة، وقولٌ عند الشَّافعيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند الحنفيَّة: لا يصحُّ، وقال المرداويُّ: (والنَّفس تميل إلى ذلك؛ لأنَّ الموكِّل لا يملكه عند الوكالة وهو من المباحات فمن استولى عليه مَلَكَه).

[انظر: تبيين الحقائق ٤/ ٢٥٧، مواهب الجليل ٥/ ١٩٤، مغني المحتاج ٢/ ٢٢١، الإنصاف مع الشَّرح ١٣/ ٤٤٥].

(٤) والاتِّهاب. [انظر: الإنصاف مع الشَّرح ١٣/ ٤٤٥].

(٥) فلا يجوز فعله ولا الاستنابة فيه. [انظر: المصدر السَّابق].

(٦) وكذا الإيلاء؛ لأنَّها تتعلَّق بعين الحالف والنَّاذر أشبهت العبادات البدنيَّة.

(٧) لأنَّه يتعلَّق ببدن الزَّوج لأمرٍ يختصُّ به ولا يوجد في غيره.

(٨) بأن يقول: اشهد عنِّي؛ لتعلُّقها بعين الشَّاهد؛ لأنَّها خبرٌ عمَّا رآه أو سمعه، ولا يتحقَّق ذلك في نائبه، فإن فعل كان شاهدًا على شهادته.

(٩) بأن تقول امرأةٌ لامرأةٍ: أرضعي عنِّي؛ لأنَّه يختصُّ بالمرضعة والمرتضع؛ لأمرٍ يختصُّ بإنبات لحم المرتضع، وإنشاز عظمه من لبنها.

والالتقاطِ[١]، والاغتنامِ[٢]، والغصبِ، والجنايةِ، فلا تدخلها النيابة[٣].

(وَ) تصحُّ الوكالة أيضًا (فِي كُلِّ حقٍّ للهِ تَدْخُلُه النِّيَابَةُ؛ مِنَ العِبَادَاتِ)[٤]، كتفرقةِ صدقةٍ وزكاةٍ ونذرٍ وكفارةٍ؛ لأنَّه ﷺ كان يَبعثُ عمالَه لقبضِ الصدقاتِ وتَفريقِها[٥]، وكذا حجٌّ وعمرةٌ، على ما سَبَق.

وأما العباداتُ البدنيةُ المحضةُ[٦]؛ كالصلاةِ، والصومِ، والطهارةِ مِن الحدثِ[٧]؛ فلا يجوزُ التوكيلُ فيها؛ لأنَّها تَتعلَّقُ ببدَنِ مَنْ هي عليه، لكنْ

---

(١) فإذا التقط كان أحقَّ به، وفي كشَّاف القناع ٣/ ٤٦٤: (ويصحُّ التَّوكيل في تملُّك المباحات . . . بخلاف الالتقاط فإنَّ المغلب الائتمان).

(٢) لعدم قبول النِّيابة فيه. [انظر: المصدر السَّابق].

(٣) لأنَّ ذلك محرَّمٌ وكذا كلُّ محرَّمٍ؛ لأنَّه لا يحلُّ له فعله بنفسه فلم تجز النِّيابة فيه. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٤٤٥].

(٤) فالعبادات ثلاثة أقسام:

الأوَّل: ماليَّةٌ كتفرقة صدقته وزكاته وكفَّارته، فتصحُّ الوكالة فيها؛ لدخول النِّيابة فيها.

الثَّاني: المركَّبة من المال والبدن كالحجِّ والعمرة، فتصحُّ النِّيابة فيها كما تقدَّم في كتاب المناسك.

الثَّالث: العبادات البدنيَّة المحضة كالصَّلاة والصِّيام فلا تصحُّ الوكالة فيها؛ لعدم صحَّة النِّيابة فيها.

(٥) فقد بعث ﷺ معاذًا إلى اليمن في كتاب الزَّكاة.

(٦) الَّتي لا تتعلَّق بالمال.

(٧) وكالاعتكاف وتجديد الوضوء.

وفي كشَّاف القناع ٣/ ٤٦٥: (وعلم من قوله: من حدثٍ، أنَّه تصحُّ الوكالة في تطهير البدن والثَّوب من النَّجاسة، ويصحُّ أيضًا أن ينوي رفع الحدث

ركعتَا الطَّوافِ تَتْبَعُ الحجَّ[(١)].

(وَ) تصحُّ في (**الحُدُودِ؛ فِي إِثْبَاتِهَا وَاسْتِيفَائِهَا**)[(٢)]؛ ....

ويستنيب من يصبُّ له الماء، أو يغسل له أعضاءه).

(١) في كشَّاف القناع ٣/ ٤٦٥: (والحاصل: أنَّ الحقوق ثلاثة أنواعٍ: نوعٌ تصحُّ الوكالة فيه مطلقًا، وهو ما تدخله النِّيابة من حقوق الله تعالى وحقوق الآدميِّ، ونوعٌ: لا تصحُّ فيه الوكالة مطلقًا، كالصَّلاة والظِّهار، ونوعٌ تصحُّ فيه مع العجز دون القدرة، كحجِّ فرضٍ وعمرته).

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكيَّة؛ لما استدلَّ به المؤلِّف، وأمر النَّبيُّ ﷺ برجم ماعزٍ فرجموه، ووكَّل عثمان عليًّا في جلد الوليد بن عقبة في الشُّرب، ولأنَّ الحاجة تدعو إليه؛ إذ الإمام لا يمكنه تولِّي ذلك بنفسه.

وعند الحنفيَّة: لا يصحُّ التَّوكيل في استيفاء حدٍّ كقذفٍ، أو سرقةٍ، وقودٍ، مع غيبة الموكِّل؛ لسقوطها بالشُّبهة وعند حضوره يجوز، ويصحُّ التَّوكيل بإثباتها.

وعند الشَّافعيَّة: عدم صحَّة التَّوكيل في إثبات الحدود إلَّا حدّ القذف، لأنَّ الحدود حقٌّ لله ﷻ تدرأ بالشُّبهات فلا توكيل فيها، بخلاف حدِّ القذف فهو حقٌّ للآدميِّ.

ويصحُّ التَّوكيل في الاستيفاء؛ لوروده في السُّنَّة عن النَّبيِّ ﷺ. [انظر: بدائع الصَّنائع ٩/ ٢١، مواهب الجليل ٥/ ١٨١، تكملة المجموع ١٣/ ٥٤١، المغني ٧/ ٢٠٠].

وأمَّا القصاص: فجمهور أهل العلم على صحَّة الوكالة في إثبات القصاص واستيفائه، لكن عند الشَّافعيَّة: يشترط حضور الموكِّل عند الاستيفاء؛ لأنَّ القصاص حقٌّ للآدميِّ فجازت الوكالة فيه.

وعند الحنفيَّة: يصحُّ في الإثبات، ولا يصحُّ في الاستيفاء إلَّا مع حضور الموكِّل؛ لاحتمال العفو عن الجاني. [انظر: المصادر السَّابقة].

لقولِه ﷺ: «وَاغْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةِ هَذَا، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا»، فاعترفَتْ فأَمَر بها فَرُجِمت. متفقٌ عليه(١).

ويجوزُ الاستيفاءُ في حَضرةِ الموكِّلِ وغيبتِه.

(وَلَيْسَ لِلوَكِيلِ أَنْ يُوَكِّلَ فِيمَا وُكِّلَ فِيهِ)(٢) ....

(١) رواه البخاري (٢٣١٤)، ومسلم (١٦٩٧) من حديث أبي هريرة ﷺ.

(٢) قال ابن المنذر في الإجماع ص ١٦٠: (وأجمعوا على أنَّ الوكيل إذا أراد أن يوكِّل وقد جعل إليه الموكِّل ذلك في كتاب الوكالة أنَّ له أن يوكِّل غيره)، وكذلك إذا نهاه عن التَّوكيل فليس له أن يوكِّل.

قال ابن قدامة في المغني ٧/ ٢٠٧: (لا نعلم فيه خلافًا).

وأمَّا مع الإطلاق، فالمذهب وهو قول الجمهور: أنَّه لا يملك التَّوكيل فيما وكِّل فيه إلَّا إذا كان يعجز عن القيام به، أو لا يليق به مباشرته بنفسه؛ لأنَّ الموكِّل قد رضي بتصرُّف الوكيل، ولم يرض بتصرُّف غيره، فلا يملك توكيل غيره كالمودَع لا يُودِع، ولأنَّ توكيل الموكِّل فيما لا يليق به أو ما لا يستطيع القيام به إنَّما يقصد منه الاستنابة فيه فصحَّ التَّوكيل فيه.

وعند الحنفيَّة: ليس له أن يوكِّل إلَّا بالإذن إلَّا في ثلاث مسائل:

إذا وكَّل شخصًا في دفع زكاته، فللوكيل أن يوكِّل.

إذا وكَّل من يقبض دينه، فللوكيل أن يوكِّل أحدًا من عياله.

إذا وكَّل من يبيع سلعةً فوكَّل الوكيل من يذهب إلى موكِّله ليعلم منه تقدير الثَّمن؛ لأنَّ الموكِّل قد فوَّض إلى الموكَّل التَّصرُّف دون التَّوكيل؛ لأنَّه إنَّما رضي برأيه دون بقيَّة الآراء.

ونوقش: بالتَّسليم إلَّا إذا دلَّت القرينة، كما لو كان مثله لا يباشره أو يعجز عنه، وعلى هذا فالأقرب قول الجمهور. [انظر: المبسوط ١٩/ ٣٢، الشَّرح الصَّغير ٢/ ١٨٥، المهذَّب ١/ ٣٥٨، قواعد ابن رجبٍ ص (١٢٤)، المبدع ٤/ ٣٦٠، وأحكام الوكالة ص٣٢٤].

إذا كان يَتولاه مِثلُه(١) ولم يُعجِزْهُ(٢)؛ لأنَّه لم يأذَنْ له في التوكيلِ، ولا تَضمَّنَه إذنُه؛ لكونِه يَتولى مِثلُه، (**إلَّا أَنْ يجْعَلَ إِلَيْهِ**)(٣)؛ بأن يأذَنَ له في التوكيلِ، أو يقولَ: اصْنَع ما شِئتَ(٤).

ويصحُّ توكيلُ عبدٍ بإذنِ سيِّدِه(٥).

(**وَالوَكَالَةُ عَقْدٌ جَائِزٌ**)(٦)؛ ....

---

(١) كالأعمال الدَّنيئة في حقِّ أشراف النَّاس.

(٢) لكثرته.

(٣) إجماعًا. [انظر: الإجماع لابن المنذر ص ١٦٠].

(٤) لأنَّه لفظٌ عامٌّ فيدخل في عمومه التَّوكيل.

(٥) لأنَّ المنع لحقِّ السَّيِّد فجاز مع إذنه، ولا يجوز مع عدم الإذن؛ لأنَّ منافعه لسيِّده، إلَّا ما يملكه وحده كالطَّلاق.

(٦) المذهب: جواز الوكالة ما لم يترتَّب على فسخها ضررٌ.

وتلزم عند الحنفيَّة في ثلاثة مواضع، وعند المالكيَّة في ثلاثة مواضع، وعند الشَّافعيَّة في موضعين. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٣٧، مواهب الجليل ٥/ ٢١٤، نهاية المحتاج ٥/ ٥٢].

* المذهب، ومذهب الحنفيَّة والمالكيَّة: صحَّة الوكالة الدَّوريَّة؛ لأنَّ تعليق الوكالة بالشَّرط جائزٌ وهذا منه، ولأنَّ الأصل في الشُّروط والمعاملات الصِّحَّة.

وعند الشَّافعيَّة واختيار شيخ الإسلام: أنَّه لا تصحُّ الوكالة الدَّوريَّة، لأنَّه يؤدِّي إلى أن تصير العقود الجائزة لازمةً. [انظر: المصادرالسَّابقة، اختيارات شيخ الإسلام ٧/ ١٩٠].

في الإنصاف مع الشَّرح ١٣/ ٤٦٦: (بلا نزاعٍ أعلمه، فلو قال: وكَّلتك وكلَّما عزلتك فقد وكَّلتك، انعزل بقوله: عزلتك، وتسمَّى الوكالة الدَّورية، وهو فسخ معلَّقٌ بشرطٍ، قاله في الفروع.

لأنَّها مِن جهةِ الموكِّلِ إذنٌ[(١)]، ومِن جهةِ الوكيلِ بذلُ نفعٍ، وكلاهُما غيرُ لازمٍ، فلكلٍّ واحدٍ منهما فَسخُها.

(**وَتَبْطُلُ بِفَسْخِ**[(٢)] **أَحَدِهِمَا، وَمَوْتِهِ**)[(٣)]، وجنونِه المُطبِقِ[(٤)]؛ لأنَّ الوكالةَ تَعتمِدُ الحياةَ والعقلَ، فإذا انتفيا انتفت صحَّتُها.

وإذا وَكَّل في طلاقِ الزوجةِ ثم وَطِئها[(٥)]، أو في عِتْقِ العبدِ ثم كاتَبه أو

والصَّحيح من المذهب: صحَّتها . . . ، قال في التَّلخيص: قياس المذهب: صحَّة الوكالة الدَّوريَّة بناءً على أنَّ الوكالة قابلةٌ للتَّعليق عندنا وكذلك فسخها، وقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: لا تصحُّ؛ لأنَّه يؤدِّي إلى أن تصير العقود الجائزة لازمةً وذلك تغيير لقاعدة الشَّرع، وليس مقصود المعلِّق إيقاع الفسخ، وإنَّما قصده الامتناع من التَّوكيل وحلُّه قبل وقوعه، والعقود لا تفسخ قبل انعقادها، ذكره ابن رجبٍ في القاعدة الثَّامنة عشرة بعد المائة).

(١) كالإذن في أكل طعامه. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٤٦٧].

(٢) باتِّفاق الأئمَّة. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٣) باتِّفاق الأئمَّة؛ لعدم الأهليَّة. [انظر: المصادر السَّابقة].

وهل يشترط علم الوكيل بموت الموكِّل؛ لعدم صحَّة تصرُّفاته؟ يأتي.

(٤) باتِّفاق الأئمَّة؛ لعدم الأهليَّة. [انظر: المصادر السَّابقة].

وعند الشَّافعيَّة: لا يشترط أن يكون مُطْبِقًا، بل مطلق الجنون مفقدٌ للأهليَّة.

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٣/ ٤٦٨: (لو وكَّل وليُّ اليتيم وناظر الوقف أو عقد عقدًا جائزًا غيرهما كالشَّركة والمضاربة فإنَّها لا تنفسخ بموته؛ لأنَّه متصرِّفٌ على غيره، قطع به في القاعدة الحادية والسِّتِّين).

(٥) بطلت وكالته؛ لأنَّه دليل رجوعه، ورغبته فيها، واختيار إمساكها، لا بقُبلتها على الصَّحيح من المذهب، كما لا تصحُّ الرَّجعة بها.

دبَّره؛ بَطَلت[١].

(وَ) تبطُلُ أيضًا بـ (عَزْلِ الوَكِيلِ)[٢]، ولو قَبْلَ علمِه[٣]؛ ....

---

(١) للدَّلالة على الرُّجوع.

(٢) باتِّفاق الفقهاء. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٣) المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: أنَّه ينعزل الوكيل بمجرَّد العزل ولو لم يعلم، ويبطل تصرُّفه بعد عزله ويضمن، لأنَّ العزل رفع عقدٍ لايفتقر إلى رضا صاحبه، فلا يفتقر إلى علمه كالطَّلاق والعتاق.

ونوقش: بأنَّه قياسٌ مع الفارق، لأنَّ العتاق والطَّلاق لاضرر فيه على أحدٍ بخلاف الوكالة؛ إذ يترتَّب عليها الضَّمان.

وعند الحنفيَّة، والمالكيَّة، وروايةٍ عند الحنابلة اختارها ابن تيميَّة: أنه لا ينعزل إلَّا بعد علمه، وعليه فلا ضمان عليه لقوله تعالى: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ﴾، وقوله: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾، فالآيات دلَّت على أنَّ التَّكليف لا يثبت إلَّا بالعلم، ولأنَّ الوكيل محسنٌ، و﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾، وهذا أقرب؛ لأنَّ الأحكام الشَّرعيَّة المبتدأة لا تلزم العباد إلَّا بعد بلوغها لهم. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٣٧-٣٩، مواهب الجليل ٥/ ٢١٤، نهاية المحتاج ٥/ ٥٢، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ٣/ ٤٧٨، مجموع الفتاوى ٣٠/ ٦١، وأحكام الوكالة ص٣٢٤].

وفي المغني ٧/ ٢٣٤: (والثَّانية: لا ينعزل، نصَّ عليه أحمد في رواية جعفر بن محمَّدٍ؛ لما في ذلك من الضَّرر؛ لأنه قد يتصرَّف تصرُّفاتٍ فتقع باطلةً، وربَّما باع الجارية فيطؤها المشتري، أو الطَّعام فيأكله، أو غير ذلك فيتصرَّف فيه المشتري ويجب ضمانه ويتضرَّر المشتري والوكيل؛ ولأنَّه يتصرَّف بأمر الموكِّل فلا يثبت حكم الرُّجوع في حقِّ المأمور قبل علمه كالفسخ، فعلى هذه الرِّواية متى تصرَّف قبل العلم صحَّ تصرُّفه).

لأنَّه رَفْعُ عَقْدٍ لا يَفتقِرُ إلى رضَا صاحبِه، فصحَّ بغيرِ علمِه؛ كالطلاقِ.

ولو باع أو تصرَّف فادَّعى أنه عَزَله قبلَه؛ لم يُقبَلْ إلا ببينةٍ(١).

(وَ) تبطُلُ أيضًا بـ (حَجْرِ السَّفَهِ)(٢)؛ لزوالِ أهليَّةِ التصرُّفِ(٣)، لا بالحجرِ لفَلَسٍ؛ لأنَّه لم يخرُجْ عن أهليَّةِ التصرُّفِ، لكن إن حُجِرَ على الموكِّلِ وكانت في أعيانِ مالِه؛ بَطَلت؛ لانقطاعِ تَصرُّفِه فيها(٤).

(**وَمَنْ وُكِّلَ فِي بَيْعٍ أَوْ شِرَاءٍ؛ لَم يَبِعْ وَلَمْ يَشْتَرِ مِنْ نَفْسِهِ**)؛ لأنَّ العُرفَ في البيعِ بيعُ الرجلِ مِن غيرِه، فحُمِلَت الوكالةُ عليه، ولأنَّه تَلحَقُه تُهَمَةٌ.

(وَ) لا مِنْ (**وَلَدِهِ**)، ووالدِه، وزوجِه، ومكاتَبِه، وسائرِ مَن لا تُقبَلُ شهادتُه له(٥)؛ لأنَّه مُتهمٌ في حقِّهِم، ويَميلُ إلى تَرْكِ الاستقصاءِ عليهم في الثمنِ؛

---

(١) تشهد بالعزل قَبْلُ؛ لأنَّ الأصل بقاء الوكالة والشَّركة ونحوهما، وبراءة ذمَّة الوكيل والشَّريك ونحوهما من ضمان ما أذن له فيه بعد الوقت الَّذي ادَّعى الموكِّل عزله فيه، واختار شيخ الإسلام: عدم الضَّمان. [انظر: الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٣/ ٤٧٨].

(٢) في التَّصرُّفات الماليَّة وكيلًا كان أو موكِّلًا حيث اعتبر رشده، وتقدَّم في باب الحجر.

(٣) بخلاف ما لا ينافيه كالطَّلاق.

(٤) في كشَّاف القناع ٣/ ٤٦٨: (وتبطل الوكالة أيضًا بفَلَس موكِّلٍ فيما حجر عليه فيه كتصرُّفٍ في عين ماله؛ لانقطاع تصرُّفه فيه، بخلاف ما لو وكَّله في تصرُّفٍ في الذِّمَّة).

(٥) المذهب، ومذهب الحنفيَّة: أنَّ الوكيل لا يملك البيع والشِّراء لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادته له إلَّا بإذن الموكِّل؛ لما علَّل به المؤلِّف.

ولأنَّ الوكيل يستقصي لنفسه، وقد أخذ عليه بمقتضى عقد الوكالة أن

كتُهَمَتِه في حقِّ نفسِه(١).

وكذا حاكمٌ، وأمينُه(٢)، ....

يستقصي للموكِّل، فيؤدِّي بيعه لنفسه وشراؤه منها إلى تضادِّ الغرضين.

وعند المالكيَّة: أنَّه يملك ذلك بشرط عدم المحاباة؛ إلَّا أنَّهم استثنوا صغاره وسفهاءه ورقيقه غير المأذون لهم بالتِّجارة، فلا يملك البيع ولا الشِّراء منهم.

وعلَّلوا: أنَّ الوكيل ببيعه وشرائه امتثل أمر الموكِّل من غير محذورٍ، فصحَّ كما لو كان من شخصٍ أجنبيٍّ.

وأيضًا: لا تهمة في شرائه أو بيعه ممَّن لا تقبل شهادته له؛ لأنَّ الأملاك متباينةٌ والأملاك منقطعةٌ.

وعند الشَّافعيَّة: أنَّ الوكيل لا يملك البيع ولا الشِّراء لنفسه مطلقًا، ويملك البيع والشِّراء لمن لا تقبل شهادته له مطلقًا؛ لأنَّه يجمع في عقد الوكالة مع نفسه غرضين متضادَّين الاستقصاء للموكِّل والاسترخاص لنفسه، وهما متضادَّان؛ ولأنَّ الوكيل يملك البيع على من لا تقبل شهادته لهم من ماله والشِّراء منهم له، فكذلك يملك البيع عليهم من مال موكِّله والشِّراء لهم منه كالأجنبيِّ. [انظر: المبسوط ١٩/ ٢٣، بدائع الصَّنائع ٦/ ٢٨، الإشراف ٥/ ٢٧، الشَّرح الصَّغير ٢/ ١٨٥، مختصر المزنيِّ ٨/ ٢١٠، حلية العلماء ٥/ ١٢٧، المهذَّب ١/ ٣٥٩، المبدع ٤/ ٣٦٧، مطالب أُولي النُّهى ٣/ ٤٦٣].

والأقرب: الصِّحَّة مطلقًا ما لم تكن محاباةٌ؛ لأنَّ المنع من البيع للتُّهمة وهذا منتفٍ بعدم المحاباة.

(١) بخلاف من تقبل شهادته له كأخيه وعمِّه، وفي الإنصاف ٥/ ٣٧٥: (وحيث حصلت تهمةٌ لم يصحَّ).

(٢) وكالوكيل فيما تقدَّم من البيع ونحوه لنفسه أو من لا تقبل شهادته حاكمٌ

وناظرُ وقفٍ، ووصيٌّ(١)، ومضارِبٌ، وشريكُ عِنَانٍ ووُجوهٍ(٢).

(وَلَا يَبِيعُ) الوكيلُ (بِعَرْضٍ(٣)، ....

وأمينه. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٤٧٤].

وقال ابن رجبٍ في القاعدة ٧٠: (ويتوجَّه التَّفريق بين الحاكم وغيره فإنَّ الحاكم ولايته غير مستندةٍ إلى إذن فتكون عامَّةً بخلاف غيره).

(١) وفي كشَّاف القناع ٣/ ٤٧٤: (فلا يبيع من مال الوقف ولا يشتري منه لنفسه ولا لوالده وولده ومكاتبه ونحوهم...، وأمَّا إجارته فقال ابن عبد الهادي في جمع الجوامع: إن كان الوقف على نفس النَّاظر فإجارته لولده صحيحةٌ بلا نزاعٍ، وإن كان الوقف على غيره ففيه تردُّدٌ يحتمل أوجهًا منها: الصِّحَّة وحكم به جماعةٌ من قضاتنا، والثَّاني: صحَّ بأجرة المثل فقط، والثَّالث: لا تصحُّ مطلقًا).

(٢) وكذا عامل بيت المال ونحوه، والإجارة كالبيع فيما سبق؛ لأنَّها نوعٌ منه. [انظر: المصدر السَّابق].

وقد ورد عن الإمام أحمد أنَّ الوكيل يملك البيع من نفسه إذا نودي على مبلغ المبيع في النِّداء وتولَّى النِّداء غيره. [انظر: كتاب الرِّوايتين ١/ ٣٩٨، الإنصاف ٥/ ٣٧٥].

بل ذكر في الإنصاف احتمالًا عن الأَزَجِيِّ: (لا يعتبران؛ لأنَّ دِينه وأمانته تحمله على عمل الحقِّ، وربَّما زاد خيرًا).

* ويتولَّى الوكيل طرفي العقد كتوكيله في البيع، وتوكيل آخر في الشِّراء، ولا يجوز للدَّلَّال أن يكون شريكًا فيمن يزيد من غير علم البائع، لأنَّه يحبُّ أن لا يزيد أحدٌ عليه، فلا ينصح. [انظر: حاشية ابن قاسمٍ ٥/ ٢١٧].

(٣) كثوبٍ وسيَّارةٍ، وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لأنَّ أمر الموكِّل للوكيل مطلقٌ، والمطلق يتقيَّد بالعرف، والعرف البيع بالنُّقود.

وَلَا نَسَاءٍ[١]، وَلَا بِغَيْرِ نَقْدِ البَلَدِ)؛ لأنَّ عقدَ الوكالةِ لم يَقتَضِه، فإن كان في البلدِ نَقدانِ باع بأغلبِهِما رَواجًا، فإن تساويَا خُيِّر[٢].

(وَإِنْ بَاعَ بِدُونِ ثَمَنِ المِثْلِ) إنْ لم يُقَدَّرْ له ثمنٌ، (أَوْ) باع بـ(دُونِ مَا قَدَّرَهُ لَهُ) الموكِّلُ؛ صحَّ، (أَوِ اشْتَرَى لَهُ بِأَكثَرَ مِنْ ثَمَنِ المِثْلِ) وكان لم يُقدِّرْ له ثَمنًا، (أَوْ ممَّا قَدَّرَهُ لَهُ؛ صَحَّ) الشراءُ؛ لأنَّ مَن صحَّ منه ذلك بثمنِ مثلِه صحَّ بغيرِه، (وَضَمِنَ النَّقْصَ) في مسألةِ البيعِ، (وَ) ضَمِن (الزِّيادَةَ) في مسألةِ الشراءِ[٣]؛ ..

وعند أبي حنيفة: يصحُّ البيع بالعرْض؛ لأنَّه إذا باع بالعرْض أتى بمطلق البيع، إذ البيع مبادلة مالٍ بمالٍ. [انظر: المصادر السَّابقة].

ونوقش: بأنَّ هذا الإطلاق مقيَّدٌ بالعرف، وعلى هذا فالأقرب قول الجمهور.

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم إلَّا بالإذن؛ لأنَّ الأمر بالبيع مطلقٌ والمطلق يتقيَّد بالعرف، والعرف البيع نقدًا.

وعند أبي حنيفة: يصحُّ البيع نسيئةً إلَّا إن نهاه الموكِّل؛ لأنَّ الأمر بالبيع مطلقٌ فيشمل النَّقد والنَّسيئة.

ونوقش: بأنَّ هذا الإطلاق مقيَّدٌ بالعرف، وعلى هذا فالأقرب قول الجمهور. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول الجمهور؛ لما علَّل به المؤلِّف، ولأنَّ إطلاق البيع ينصرف إلى نقد البلد.

وعند أبي حنيفة: يملك البيع بغير نقد البلد، ودليله ما تقدَّم في المسألة السَّابقة، وقد تقدَّمت مناقشته. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٣) وهذا هو المذهب، لكن في حال تقدير الثَّمن يضمن مطلقًا ولو ممَّا يتغابن به النَّاس، وفي حال عدم تقدير الثَّمن لا يضمن ما يتغابن به النَّاس لمشقَّة الاحتراز عنه، واختاره شيخ الإسلام؛ لما علَّل به المؤلِّف.

لأنَّه مُفَرِّطٌ(١).

والوصيُّ، وناظرُ الوقفِ؛ كالوكيلِ في ذلك، ذَكَره الشيخُ تقيُّ الدينِ(٢).

ولأنَّ التَّوكيل في البيع والشِّراء توكيلٌ مطلقٌ في عقد معاوضةٍ فاقتضى ثمن المثل.

وعند المالكيَّة، والشَّافعيَّة: أنَّ الوكيل لا يملك البيع ولا الشِّراء بدون ثمن المثل إذا كان ممَّا لا يتغابن به النَّاس ولا يصحُّ، ويملكه إذا كان ممَّا يتغابن به النَّاس ويصحُّ؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْتَدُوٓاْ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْمُعْتَدِينَ﴾.

وقال ابن حزمٍ: (فوجب من هذا أنَّ من أمره موكِّله بأن يبتاع له شيئًا بثمنٍ مسمًّى، أو يبيعه له، فباعه أو ابتاعه بأكثر أو بأقلَّ ولو بفلس لم يلزم الموكِّل، ولم ينفذ البيع)، ولأنَّ البيع بغبنٍ فاحشٍ بيعٌ من وجهٍ وهبةٌ من وجهٍ فلا يتناوله مطلق اسم البيع.

وعند أبي حنيفة: أنَّ الوكيل يملك البيع بدون ثمن المثل، ولا يملك الشِّراء بأكثر منه إذا كان ممَّا لا يتغابن به النَّاس، ويملكه إذا كان ممَّا يتغابن به؛ لأنَّ التَّوكيل بالبيع مطلقٌ فيدخل في ذلك البيع بغبنٍ فاحشٍ.

ونوقش: بأنَّ المطلق يتقيَّد بالعرف.

والأقرب: ما ذهب إليه الحنابلة؛ لما استدلُّوا به، والأصل صحَّة البيع. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٢٧، تبيين الحقائق ٤/ ٢٧٠، المدوَّنة ٤/ ٢٤٤، التَّفريع ٢/ ٣١٨، مختصر المزنيِّ ٨/ ٢١٠، المهذَّب ١/ ٣٦١، حلية العلماء ٥/ ١٣٣، المغني ٧/ ٢٤٧، الفروع ٤/ ٣٥٨، الاختيارات الفقهيَّة ص١٤٠، تصرُّفات الأمين ١/ ٤٥٦].

(١) أي: يترك الاحتياط وطلب الحظِّ، ما لم يكن ممَّا يتغابن بمثله كالدِّرهم في العشرة فمعفوٌّ عنه إذا لم يكن الموكِّل قدَّر الثَّمن؛ لعسر التَّحرُّز منه.

(٢) في الاختيارات ص ١٤٠: (قال أبو العبَّاس: وكذلك الشَّريك والوصيُّ،

وإن قال: بِعْه بدرهَم، فباعه بدينارٍ؛ صحَّ؛ لأنه زاده خيرًا(١).

(وَإِنْ بَاعَ) الوكيلُ (بِأَزْيَدَ) مما قدَّرَه له الموكِّلُ؛ صحَّ(٢).

(أَوْ قَالَ) الموكِّلُ: (بِعْ بِكَذَا مُؤَجَّلًا، فَبَاعَ) الوكيلُ (بِهِ حَالًّا)؛ صحَّ(٣)، (أَوْ) قال الموكِّلُ: (اشْتَرِ بِكَذَا حَالًّا، فَاشْتَرى بِهِ مُؤَجَّلًا(٤)، ولا ضَررَ

والنَّاظر على الوقف، وبيت المال، ونحو ذلك، وقال: وهذا ظاهر فيما إذا فرَّط، وأمَّا إذا احتاط في البيع والشِّراء، ثمَّ ظهر غبنٌ أو عيبٌ لم يقصِّر فيه، فهذا معذورٌ يشبه خطأ الإمام أو الحاكم، ويشبه تصرُّفه قبل علمه بالعزل.

وأبين من هذا: النَّاظر والوصيُّ والإمام والقاضي إذا باع، أو أَجَرَ، أو زارع، أو ضارب، ثمَّ تبيَّن أنَّه بدون القيمة بعد الاجتهاد، أو تصرَّف ثمَّ تبيَّن الخطأ فيه، مثل أن يأمر بعمارةٍ أو غرسٍ ونحو ذلك، ثمَّ تبيَّن أنَّ المصلحة كانت في خلافه، وهذا بابٌ واسعٌ . . .، وتضمين مثل هذا فيه نظرٌ، وهو شبيهٌ بما إذا قتل في دار الحرب من يظنُّه حربيًّا فبان مسلمًا، فإنَّ جماع هذا أنَّه مجتهدٌ مأمورٌ بعملٍ اجتهد فيه، وكيف يجتمع عليه الأمر والضَّمان؟). اهـ.

(١) ولأنَّ من باع بدرهمٍ رضي مكانه دينارًا.

(٢) سواءٌ كانت الزِّيادة من جنس الثَّمن المأمور به أو لا؛ لأنَّه باع بالمأذون فيه وزاد زيادةً تنفعه ولا تضرُّه، ويدلُّ لذلك: حديث عروة بن عروة بن الحيدالجعد ﵁ فقد وكَّله النَّبيُّ ﷺ: (في شراء شاةٍ بدينارٍ، فاشترى شاتين)، رواه البخاريُّ، وكما لو اشتراه بدون ثمن المثل، أو دون ما قدِّر له.

(٣) ما لم يكن ضررٌ.

(٤) بأن قال: اشتر بمائةٍ حالَّةٍ، فاشترى بمائةٍ مؤجَّلةٍ، صحَّ، وهذا المذهب، وهذا قول جمهور أهل العلم، لكن إن كان بأكثر من ثمن النَّقد أو تضرَّر الموكِّل بحفظ الثَّمن لم يصحَّ؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وأيضًا فإنَّه إذا اشترى بأكثر من ثمن النَّقد أو كان فيه ضررٌ كان مخالفًا

فِيهِمَا)، أي: فيما إذا باع بالمؤجَّلِ حالًّا، أو اشترى بالحالِّ مؤجلًا؛ (صَحَّ)؛ لأنَّه زاده خيرًا، فهو كما لو وكَّله في بيعِه بعشرةٍ، فباعه بأكثرَ منها.

(وَإِلَّا فَلَا)، أي: وإن لم يَبِعْ أو يَشتَرِ بمثلِ ما قدَّرَه له بلا ضررٍ، بأن قال: بِعْهُ بعشرةٍ مؤجلةٍ، فباعه بتسعةٍ حالَّةٍ[1]، أو باعه بعشرةٍ حالَّةٍ، وعلى الموكِّلِ ضررٌ بحفظِ الثمنِ في الحالِ، أو قال: اشتره بعشرةٍ حالَّةٍ، فاشتراه بأحدَ عشرَ مؤجَّلةٍ[2]، أو بعشرةٍ مؤجلةٍ مع ضررٍ؛ لم يَنفُذْ تصرفُه؛ لمخالفتِه موكلِه[3].

لمقتضى الوكالة.

وعند المالكيَّة: لا يملكه؛ لأنَّ الموكِّل قصد بالتَّوكيل في الشِّراء نقدًا أن لا يكون عليه دينٌ، وبالشِّراء نسيئةً أن يكون الثَّمن عليه دَينًا.

ونوقش: أنَّه يتمكَّن من إبراء ذمَّته بالوفاء، وعلى هذا فالأقرب قول جمهور العلماء. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٣/ ٥٧٤، الكافي لابن عبد البرِّ ٢/ ٧٩٠، المهذَّب ١/ ٣٦١، مغني المحتاج ٢/ ٢٢٩، الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٤٧، تصرُّفات الأمين ١/ ٤٥٨].

(١) لم يصحَّ؛ لمخالفته لموكِّله وحصول ضرره.

(٢) لم يصحَّ البيع؛ لما تقدم.

(٣) وفي الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٥٠٠: (إذا وكَّله في بيع سلعةٍ نسيئةً فباعها نقدًا بدون ثمنها نسيئةً، أو بدون ما عيَّنه له لم ينفذ بيعه؛ لأنَّه خالف موكِّله؛ لكونه إنَّما رضي بثمن النَّسيئة دون النَّقد، وإن باعها نقدًا بمثل ثمنها نسيئةً، أو بما عيَّنه من الثَّمن، فقال القاضي: يصحُّ؛ لأنَّه زاده خيرًا، فهو كما لو وكَّله في بيعها بعشرةٍ فباعها بأكثر من ثمنها، والأولى أن ينظر فيه فإن لم يكن له غرضٌ في النَّسيئة صحَّ؛ لما ذكرنا، وإن كان له غرضٌ مثل أن يستضرَّ بحفظ الثَّمن في الحالِّ، أو يخاف عليه من التَّلف أو المتغلِّبين أو يتغيَّر حاله إلى وقت

وقَدَّم في الفروعِ[١]: أنَّ الضَّررَ لا يَمنَعُ الصحَّةَ، وتَبِعه في المنتهى[٢] والتَّنقيحِ[٣] في مسألةِ البيعِ، وهو ظاهِرُ المنتهى أيضًا في مسألةِ الشراءِ، وقد سَبَق لك أن بَيْعَ الوكيلِ بأَنقصَ مما قُدِّر له، وشراءَه بأكثرَ منه؛ صحيحٌ، ويَضمَنُ[٤].

  

الحلول، أو نحو ذلك فهو كمن لم يؤذن له؛ لأنَّ حكم الإذن لا يتناول المسكوت عنه إلا إذا علم أنَّه في المصلحة كالمنطوق أو أكثر فيكون الحكم فيه ثابتًا بطريق التَّنبيه أو المماثلة، ومتى كان في المنطوق به غرضٌ صحيحٌ لم يَجز تفويته ولا ثبوت الحكم في غيره).

(١) أي: مطلقًا ولو مع الضَّرر. [انظر: الفروع ٤/ ٣٤١].

(٢) [انظر: ٢/ ١٥٤]، ما لم ينهه، فإن نهاه لم يصحَّ.

(٣) [انظر: ص ٢١٠].

(٤) أي: يضمن الوكيل النَّقص في مسألة البيع، والزِّيادة في مسألة الشِّراء، فدلَّ كلامه أنَّه يرى الصِّحَّة ولو مع الضَّرر.

(فَصْلٌ)(١)

(وَإِنِ اشْتَرَى) الوكيلُ (مَا يَعْلَمُ عَيْبَهُ؛ لَزِمَهُ)، أي: لزِمَ الشراءُ الوكيلَ(٢)، فليس له ردُّه؛ لدخولِه على بصيرةٍ، (إِنْ لَمْ يَرْضَ) به (مُوَكِّلُهُ)، فإن رَضِيَه كان له؛ لنيتِه بالشراءِ(٣)، ....

---

(١) أي: في بيان ما يلزم الموكِّل والوكيل من نحو ردِّ معيبٍ بعيبٍ، وتسليم ثمنٍ وإشهادٍ، وما يملك فعله، وغير ذلك. [انظر: حاشية ابن قاسم ٥/ ٢٢٤].

(٢) ولم يلزم الموكِّل؛ لأنَّ إطلاق البيع يقتضي السَّلامة من العيوب، ولا نزاع أنَّه ليس للوكيل شراء معيبٍ. [انظر: المصدر السَّابق].

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة، لكن صرَّح المالكيَّة: إن كان العيب يسيرًا يلزم الموكِّل.

ودليل هذا القول: أنَّ الوكيل لا يملك شراء المعيب، فإن فعل وكان عالـمًا لم يلزم الموكِّل، وإنَّما يلزم الوكيل إلَّا إن رضي الموكِّل، وإن كان جاهلًا صحَّ وله ردُّه عند العلم بالعيب؛ لما علَّل به المؤلِّف، ولأنَّ إطلاق البيع يقتضي السَّلامة من العيب، ولذا جاز الرَّدُّ بالعيب فلم يملك الوكيل شراء المعيب، ولأنَّ الوكيل اشترى غير ما أذن له فلم يلزم الموكِّل إلَّا برضاه.

وعلَّل المالكيَّة: بأنَّ العيب اليسير يكثر وقوعه ويصعب التَّحرُّز منه، فلا يؤثِّر خاصَّةً إذا كان في المبيع مصلحةٌ.

وعند أبي حنيفة: يصحُّ البيع؛ لإطلاق الأمر بالشِّراء، فيدخل في ذلك المعيب.

ونوقش: بأنَّ هذا الإطلاق مقيَّدٌ بالعرف، وعلى هذا فالأقرب قول الجمهور. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٣/ ٥٧٥، المدوَّنة ٤/ ٢٤٤، مواهب الجليل

وإن اشتراه بعينِ المالِ لم يصحَّ[١].

(فَإِنْ جَهِلَ) عيبَه (رَدَّهُ)؛ لأنَّه قائمٌ مَقامَ الموكِّلِ[٢]، وله أيضًا ردُّه؛ لأنه مِلْكُه[٣].

فإن حَضَر قبلَ ردِّ الوكيلِ، ورَضِيَ بالعيبِ؛ لم يَكُن للوكيلِ ردُّه؛ لأنَّ الحقَّ له، بخلافِ المضارَبِ؛ لأنَّ له حقًّا، فلا يَسقُطُ برِضَى غيرِه[٤].

فإن طَلَب البائعُ الإمهالَ حتى يحضُرَ الموكِّلُ؛ لم يَلزَمِ الوكيلَ ذلك[٥].

وحقوقُ العقدِ؛ كتسليمِ الثمنِ[٦]، ....

٥/ ١٩٧، ومختصر المزنيّ ٨/ ٢١٠، حلية العلماء ٥/ ١٣٠، المهذَّب ١/ ٣٥٩، الفروع ٤/ ٣٥٥، المبدع ٤/ ٣٧٣، الإنصاف ٥/ ٣٨٧، تصرُّفات الأمين ١/ ٤٦٧].

(١) في كشَّاف القناع ٣/ ٣٧٨: (وإن اشترى الوكيل ما عَلِم عيبَه بعين المال الَّذي وكِّل في الشِّراء به فكشراء فضوليٍّ فلا يصحُّ على المذهب). اهـ، وتقدَّم في أوَّل كتاب البيع في شروط صحَّة البيع صحَّة التَّصرُّف الفضوليِّ بالإجازة، وهو مذهب أبي حنيفة، واختيار شيخ الإسلام رحمهما الله.

(٢) ومثل ذلك خيار غبنٍ وتدليسٍ.

(٣) وحقوق العقد متعلِّقةٌ به. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٤٧٨].

(٤) من أجل حصَّته من الرِّبح، وإن رضي ربُّ المال بالعيب ولم يرض هو به.

(٥) في كشَّاف القناع ٣/ ٤٧٨: (لأنَّه لا يأمن فوات الرَّدِّ بهرب البائع، فإن أخَّره لذلك فله الرَّدُّ، فلو أسقط الوكيل خياره فحضر موكِّله فرضي به لزمه البيع؛ لأنَّ الحقَّ له، وإلَّا بأن لم يرض به فله ردُّه؛ لأنَّ الحقَّ له فلا يسقط بإسقاط وكيله...، فإن قال البائع للوكيل: موكِّلك قد رضي بالعيب، فالقول قول الوكيل مع يمينه أنَّه لا يعلم ذلك لأنَّه الأصل).

(٦) فلا يطالب الوكيل بالشِّراء في الثَّمن، بل يطالب به الموكِّل. [انظر:

وقبضِ المبيعِ[(١)]، والردِّ بالعيبِ[(٢)]، وضمانِ الدَّرَكِ؛ تتعلَّقُ بالموكِّلِ[(٣)].

(وَوَكِيلُ الْبَيْعِ يُسَلِّمُهُ)، أي: يسلِّمُ المبيعَ[(٤)]؛ لأنَّ إطلاقَ الوكالةِ في البيعِ يَقتضِيه؛ لأنَّه مِن تمامِه.

(وَلَا يَقْبِضُ) الوكيلُ في البيعِ (الثَّمَنَ)[(٥)] بغيرِ إذنِ الموكِّلِ؛ لأنَّه قد يُوكِّلُ

كشَّاف القناع ٣/ ٤٧٢].

(١) فلا يطالب الوكيل بتسليم المبيع، بل يطالب به الموكِّل. [انظر: المصدر السَّابق].

(٢) فلو أبرأ الوكيل البائع من العيب لم يبرأ إلَّا بإبراء الموكِّل، ولو أبرأ المشتري الوكيل من العيب لم يبرأ الموكِّل.

(٣) أي: التَّبعة، كما لو خرج المبيع مستحقًّا أو معيبًا.

(٤) وهو قول جمهور أهل العلم، خلافًا لبعض الشَّافعيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف؛ ولأنَّ الوكيل هو العاقد حقيقةً وحكمًا. [انظر: تبيين الحقائق ٤/ ٢٥٦، شرح مِنَح الجليل ٣/ ٣٦٣، روضة الطَّالبين ٤/ ٣٠٨، المبدع ٤/ ٣٧٦].

(٥) وهذا هو المذهب: أنَّ الوكيل لا يقبض الثَّمن في البيع إلَّا بإذن الموكِّل؛ لما علَّل به المؤلِّف، ولأنَّ الإذن في البيع ليس إذنًا في قبض الثَّمن من جهة النُّطق ولا من جهة العرف.

ونوقش: بعدم التَّسليم بل إذنٌ من جهة العرف، إذ التَّوكيل المطلق في البيع يقتضي في العرف البيعَ التَّامَّ ومنه قبض الثَّمن.

والقول الثَّاني في المذهب: أنَّ الوكيل لا يملك قبض الثَّمن إلَّا بإذنٍ أو قرينةٍ؛ لأنَّ القرينة تدلُّ على الإذن.

وعند الحنفيَّة، والشَّافعيَّة: يملك ذلك؛ لما تقدَّم أنَّ الوكيل هو العاقد حقيقةً وحكمًا، ولأنَّ العرف في البيع تسليم المبيع وقبض الثَّمن، فحُملت الوكالة عليه، وهذا هو الأقرب. [انظر: المصادر السَّابقة].

في البيعِ مَن لا يَأمنُه على قبضِ الثمنِ، (بِغَيْرِ قَرِينَةٍ)، فإن دلَّت القرينةُ على قبضِه، مِثلُ توكيلِه في بيعِ شيءٍ في سوقٍ غائبًا عن الموكِّلِ[(١)]، أو موضِعٍ يَضيعُ الثمنُ بتركِ قَبضِ الوكيلِ له[(٢)]؛ كان إذْنًا في قبضِه، فإن تَركه ضَمِنَه؛ لأنَّه يُعَدُّ مفرِّطًا، هذا المذهبُ عند الشَّيخينِ[(٣)].

وقدَّم في التَّنقيحِ[(٤)]، وتَبِعَه في المنتهى[(٥)]: لا يَقبِضُه إلا بإذنٍ، فإن تعذَّر لم يَلزَم الوكيلَ شيءٌ؛ لأنَّه ليس بمُفرِّطٍ؛ لكونِه لا يَملِكُ قَبضَه.

(وَيُسَلِّمُ وَكِيلُ الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ)[(٦)]؛ لأنَّه مِن تَتِمَّتِه وحقوقِه؛ كتسليمِ المبيعِ، (فَلَوْ أَخَّرَهُ)، أي: أخَّر تَسليمَ الثمنِ (بِلَا عُذْرٍ، وَتَلِفَ) الثمنُ؛ (ضَمِنَهُ)؛ لتعدِّيه بالتأخيرِ[(٧)].

---

(١) فإن تركه عُدَّ مفرِّطًا.

(٢) وكذا لو أفضى عدم القبض إلى ربًا كبيع ربويٍّ بآخر ولم يحضر الموكِّل.

(٣) الموفَّق والمجْد، وصوَّبه المرداويُّ في الإنصاف ٥/ ٣٩١.

(٤) [انظر: ص ٢١١].

(٥) [انظر: ٢/ ٣٠٤].

وقال في الإنصاف: هو المذهب. ٥/ ٣٩١. [وانظر: المحرَّر ١/ ٣٤٩، المبدع ٤/ ٣٧٦، مطالب أُولي النُّهى ٣/ ٤٧٦].

(٦) وهو قول جمهور أهل العلم خلافًا لبعض الشَّافعيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف، ولحديث عروة البارقيِّ رضي الله عنه «إذ وكَّله النَّبيُّ ﷺ في شراء شاةٍ، فأعطاه دينارًا فاشترى به شاتين وسلَّم الدِّينار للبائع»، رواه البخاريُّ، وأقرَّه النَّبيُّ ﷺ، ولما تقدَّم أنَّ الوكيل عاقدٌ حقيقةً وحكمًا. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٧) فإن كان له عذرٌ مثل أن يمتنع البائع من قبضه ونحو ذلك، فلا ضمان عليه؛ لأنَّه لم يتعدَّ ولم يفرِّط.

وليس لوكيلٍ في بيعٍ تقليبُه على مشترٍ إلا بحضرتِه، وإلا ضَمِن[١].

(وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعٍ فَاسِدٍ)؛ لم يصحَّ، ولم يَملِكْهُ[٢]؛ لأنَّ الله تعالى لم يَأذنْ فيه؛ ولأنَّ الموكِّلَ لا يَملِكُه[٣]، (فَـ) لو (بَاعَ) الوكيلُ إذًا بيعًا (صَحِيحًا)؛ لم يصحَّ؛ لأنَّه لم يُوكِّلْهُ فيه[٤].

(أَوْ وَكَّلَهُ فِي كُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ)[٥]؛ لم يصحَّ؛ لأنَّه يَدخُلُ فيه كلُّ شيءٍ، مِن

---

(١) أي: وليس لوكيلٍ في بيعٍ إعطاؤه لمشترٍ ليقلِّبه بما يغيب به عن الوكيل، وإنَّما يقلِّبه بحضرة الوكيل، وذلك أن يقول المشتري: أريد أن أُرِيَه فلانًا، فإن غاب به عن الوكيل وتلف ضمنه الوكيل؛ لتعدِّيه بدفعه له.

(٢) في كشَّاف القناع ٣/ ٤٨٢: (وإن وكَّله في بيعٍ فاسدٍ كشرطه - أي: الموكِّل - على وكيلٍ أن لا يسلِّم المبيع ...، تشبيهٌ للشَّرط الفاسد بالبيع الفاسد في أنَّه لا يصحُّ التَّوكيل فيه ...، ولم يملك الوكيل في البيع الفاسد البيع).

(٣) أي: البيع الفاسد، فالوكيل أَولى.

(٤) كما لو أذن له في شراء خمرٍ فاشترى خلًّا لم يملك ذلك.

(٥) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف، فلا بدَّ من تصرُّفٍ معلومٍ.

وعند الحنفيَّة: تصحُّ الوكالة المطلقة كقوله: أنت وكيلي بكلِّ قليلٍ وكثيرٍ، صحَّ ويكون وكيلًا في الحفظ.

وعند المالكيَّة: تصحُّ الوكالة المطلقة، كأن يقول: وكَّلتك وكالةً مفوَّضةً، أو وكَّلتك في جميع أموري، وينفذ تصرُّفه في كلِّ ما لا يضرُّ بالمال، فليس له التَّصدُّق من مال موكِّله أو الهبة، وأيضًا يستثنى:

طلاق زوجة الموكِّل فلا يدخل في التَّوكيل.

هِبَةِ مالِه، وطلاقِ نِسائِه، وإعتاقِ رقيقِه، فيَعظُمُ الغَررُ والضَّررُ.

(أَوْ) وكَّله في (شِرَاءِ مَا شَاءَ[١]، أَوْ عَيْنًا بِمَا شَاءَ، وَلَمْ يُعَيِّنْ) نَوعًا وثَمنًا؛ (لَمْ يَصِحَّ)[٢]؛ لأنَّه يَكثُرُ فيه الغَررُ.

وإن وكَّله في بيعِ مالِه كلِّه، أو ما شاء منه؛ صحَّ[٣]، قال في المبدع[٤]:

بيع دار السُّكنى الَّتي يقطنها الموكِّل.

تزويج البنت البكر.

بيع الرَّقيق القائم بأمور الموكِّل. [انظر: تكملة حاشية ردِّ المحتار ٧/ ٥١٠، مواهب الجليل ٥/ ١٩١، نهاية المحتاج ٢٥/ ٢٥، المغني ٧/ ٢٠٥].

(١) لأنَّه قد يشتري ما لا يقدر على ثمنه.

(٢) وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٣/ ٥٢٧: (وإن قال: اشتر لي ما شئت، أو عبدًا بما شئت، لم يصحَّ حتَّى يذكر النَّوع والثَّمن، هذه إحدى الرِّوايتين، وهو المذهب الَّذي اختاره القاضي وغيره...، وعنه ما يدلُّ على أنَّه الأصحُّ، قال أبو الخطَّاب: ويحتمل أن يجوز على ما قاله أحمد ﵀ في رجلين قال كلُّ واحدٍ منهما لصاحبه: ما اشتريت من شيءٍ فهو بيني وبينك: إنَّه جائزٌ وأعجبه، وقال: هذا توكيلٌ في كلِّ شيءٍ، وكذا قال ابن أبي موسى: إذا أطلق وكالته جاز تصرُّفه في سائر حقوقه، وجاز بيعه عليه وابتياعه له، وكان خصمًا فيما يدَّعيه لموكِّله، ويدَّعى عليه بعد ثبوت وكالته منه.

وقيل: يكفي ذكر النَّوع فقط، اختاره القاضي.

وقيل: يكفي ذكر النَّوع أو قدر الثَّمن). اهـ.

(٣) في كشَّاف القناع ٣/ ٤٨٢: (لأنَّه يعرف ماله فيقلُّ الغرر)، وكذا لو وكَّله في قبض ديونه، أو الإبراء منها، أو ما شاء منها.

(٤) [انظر: المبدع ٤/ ٣٧٨].

(وظاهِرُ كلامِهِم في: بِعْ مِن[1] مالي ما شِئتَ، له بَيْعُ مالِه كلِّه).

(وَالوَكِيلُ فِي الخُصُومَةِ لَا يَقْبِضُ)؛ لأنَّ الإذنَ لم يَتناوَلْهُ نُطقًا ولا عُرفًا؛ لأنَّه قد يَرضَى للخُصومَةِ مَن لا يَرضاه للقبضِ[2].

---

(١) من: بيانيَّةٌ لا تبعيضيَّةٌ.

(٢) فالوكالة في الخصومة وكالةٌ في إثبات الحقِّ لا في قبضه.

وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند الحنفيَّة: أنَّ للوكيل في الخصومة قبض المال الَّذي يحكم به لموكِّله؛ لأنَّ المقصود من الخصومة استيفاء الحقِّ؛ إذ هي المقصودة لذاتها، ويدخل في ذلك القبض.

ولأنَّ الخصومة لا تنتهي إلَّا بالقبض؛ دفعًا لتوهُّم الإنكار، والمطل بعد الحكم.

واختار الموفَّق: أنَّ له القبض إن دلَّت القرينة. [انظر: تبيين الحقائق ٤/ ٢٧٨، مواهب الجليل ٥/ ١٩٤، تكملة المجموع ١٣/ ٥٥٨، المغني ٧/ ٢١١، أحكام الوكالة ٣٤٥].

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٣/ ٥٣١: (فائدتان: إحداهما: أفادنا المصنِّف رحمه الله صحَّة الوكالة في الخصومة وهو صحيحٌ، وهو المذهب وعليه الأصحاب، ونصَّ عليه، لكن قال في الفنون: لا يصحُّ ممَّن عَلِم ظلم موكِّله في الخصومة، واقتصر عليه في الفروع، وهذا ممَّا لا شكَّ فيه، قال في الفروع: وظاهره: يصحُّ إذا لم يعلم ظلمه، فلو ظنَّ ظلمه جاز، ويتوجَّه المنع، قلت: وهو الصَّواب، وقال: ومع الشَّكِّ يتوجَّه احتمالان، ولعلَّ الجواز أَولى كالظَّنِّ في عدم ظلمه، فإنَّ الجواز فيه ظاهرٌ، وإن لم يجز الحكم مع الرِّيبة في البيِّنة.

وقال القاضي في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُن لِّلْخَآئِنِينَ خَصِيمًا﴾: يدلُّ على أنَّه لا يجوز لأحدٍ أن يخاصم عن غيره في إثبات حقٍّ أو نفيه وهو غير عالمٍ بحقيقة أمره). اهـ.

(وَالعَكْسُ بِالعَكْسِ) فالوكيلُ في القبضِ له الخصومةُ[(١)]؛ لأنَّه لا يَتوصَّلُ إليه[(٢)] إلا بها، فهو إذنٌ فيها عُرفًا[(٣)].

(وَ) إن قال الموكِّلُ: (اقْبِضْ حَقِّي مِنْ زَيْدٍ)؛ مَلَكه مِن وَكيلِهِ؛ لأنَّه قائِمٌ مَقامَه، و(لَا يَقْبِضُ مِنْ وَرَثَتِهِ)؛ لأنَّه لم يُؤمَرْ بذلك، ولا يَقتضِيه العُرفُ[(٤)]، (إِلَّا أَنْ يَقُولَ) الموكِّلُ للوكيلِ: اقْبِضْ حَقي (الَّذِي قِبَلَهُ)، أو عليه[(٥)]؛ فله القبضُ مِن وارِثِهِ؛ لأنَّ الوكالةَ اقتضت قبضَ حقِّه مُطلقًا[(٦)].

وإن قال: اقبِضْهُ اليومَ؛ لم يَملِكْهُ غدًا[(٧)].

---

(١) ولا تلزمه، وهذا هو المذهب، وبه قال أبو حنيفة، ووجهٌ عند الشَّافعيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند المالكيَّة، والوجه الآخر عند الشَّافعيَّة: ليس وكيلًا في الخصومة؛ لأنَّ القبض والخصومة معنيان مختلفان.

ونوقش: بالمنع؛ لأنَّ القبض لا يتحقَّق إلَّا بالخصومة عند الإنكار أو المطل، وعلى هذا فالأقرب قول جمهور أهل العلم. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٣٦، مواهب الجليل ٥/ ١٨٢، تكملة المجموع ١٣/ ٥٥٨، المغني ٧/ ٢١١، أحكام الوكالة ٣٦٧].

(٢) فملكها لتثبيت ما وكِّل فيه.

(٣) وكما لو وكَّله في شراء شيءٍ ملك تسليم ثمنه.

(٤) لأنَّ الوارث غير قائمٍ مقام المورِّث في ذلك؛ لأنَّ الحقَّ انتقل إليه واستُحقَّت المطالبة عليه لا بطريق النِّيابة. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٤٨٣].

(٥) أي: الَّذي من جهة زيدٍ، أو على زيدٍ مثلًا.

(٦) فشمل القبض من الوارث. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٤٨٣].

(٧) في كشَّاف القناع ٣/ ٤٨٣: (لتقييد الوكالة بزمنٍ معيَّنٍ؛ لأنَّه قد يختصُّ غرضه في زمن حاجته)، ما لم تكن قرينةٌ.

(وَلَا يَضْمَنُ وَكيلٌ) في (الإِيدَاعِ إِذَا) أَودَعَ و(لَمْ يُشْهِدْ) وأنكرَ المودَعُ؛ لعدمِ الفائدةِ في الإشهادِ[١]؛ لأنَّ المودَعَ يُقبَلُ قولُه في الرَّدِّ والتَّلفِ[٢].

وأما الوكيلُ في قضاءِ الدَّينِ إذا كان بغيرِ حضورِ الموكِّلِ، ولم يُشْهِدْ؛ ضَمِن[٣] إذا أنكر ربُّ الدَّيْنِ[٤]، وتقدَّم في الضَّمانِ[٥].

  

---

(١) على الوديع، ولعلَّ المراد: ما لم ينكر الورثة.

(٢) فلا يعدُّ مفرِّطًا.

(٣) إذا لم يؤذن له في القضاء بغير إشهادٍ، وإن قضاه بحضرة الموكِّل لم يضمن؛ لأنَّ حضوره قرينة رضاه بالدَّفع بغير بيِّنةٍ. [انظر: حاشية ابن قاسمٍ ٥/ ٢٣٢].

(٤) سواءٌ صدَّقه الموكِّل في القضاء أو كذَّبه؛ لأنَّه إنَّما أذن في قضاءٍ مبرئٍ ولم يوجد.

(٥) سبقة قلم، بل تقدَّم الكلام على قضاء العدل في باب الرَّهن في الفصل الَّذي بعد الباب. [انظر: حاشية العنقريِّ ٢/ ٢٥٥].

(فَصْلٌ)(١)

(وَالوَكِيلُ أَمِينٌ، لَا يَضْمَنُ مَا تَلِفَ بِيَدِهِ بِلَا تَفْرِيطٍ)(٢)؛ لأنَّه نائِبُ المالِكِ في اليدِ والتَّصرُّفِ، فالهلاكُ في يدِه كالهلاكِ في يدِ المالِكِ(٣)، ....

---

(١) أي: فيما يلزم الوكيل ضمانه وما لا يلزمه، وما يقبل قوله فيه، وغير ذلك.

(٢) وهذا باتِّفاق الأئمَّة الأربعة؛ لما علَّل به المؤلِّف، ولأنَّ عقد الوكالة عقد إرفاقٍ ومعونةٍ، والضَّمان المطلق منافٍ لذلك.

ولأنَّ يد الوكيل يد نيابةٍ عن الموكِّل فهو بمنزلة الوديع، فيضمن بما يضمن في الودائع، ويبرأ بما يبرأ فيها، والوديع لا يضمن إلَّا بتعدٍّ أو تفريطٍ. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٣٤، التَّفريع ٢/٣١٦، المهذَّب ١/ ٣٦٤، مغني المحتاج ٢/ ٢٣٠، المبدع ٤/٣١٨، الإنصاف ٥/٣٩٦].

قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص ١٤٠: (ولو عزل قبل علمه بالعزل، وقلنا: ينعزل؛ لعدم تفريطه).

وفي الإنصاف مع الشَّرح ١٣/٥٣٨: (قال القاضي: إلَّا أن يدَّعيَ تلفًا بأمر ظاهرٍ كالحريق والنَّهب ونحوهما فعليه إقامة البيِّنة، ثمَّ يكون القول قوله في تلفها)، ويأتي في كلام الشَّارح قريبًا.

(٣) وفي كشَّاف القناع ٣/ ٤٨٥: (وكذا أي: كالوكيل في ذلك كلُّ من كان بيده شيءٌ لغيره على سبيل الأمانة كالأب، والوصيِّ، وأمين الحاكم، والشَّريك، والمضارب، والمرتهن، والمستأجر، والمودَع يقبل قولهم في التَّلف وعدم التَّفريط والتَّعدِّي). اهـ؛ لأنَّه لو كلف الضَّمان مع عذرٍ لامتنع النَّاس من الدُّخول في الأمانات مع دعاء الحاجة إليها.

ولو بجُعْلٍ[١]، فإن فرَّط أو تعدَّى[٢]، أو طُلِبَ منه المالُ فامتنع مِن دَفعِه لغيرِ عذرٍ؛ ضَمِن[٣].

(وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ) أي: الوكيلِ **(فِي نَفْيِهِ)**، أي: نفي التفريطِ ونحوِه[٤]، **(وَ)** في **(الهَلَاكِ مَعَ يَمِينِهِ)**؛ لأنَّ الأصلَ براءةُ ذمَّتِه[٥]، لكن إن ادَّعى التَّلفَ بأمرٍ ظاهرٍ؛ كحريقٍ عامٍّ، ونهبِ جيشٍ؛ كُلِّفَ إقامةَ البينةِ عليه[٦]، ثم يُقبَلُ قولُه فيه[٧].

---

(١) أي: ولو كان الوكيل المدَّعي للتَّلف ونحوه بجعلٍ، بخلاف ادِّعاء الرَّدِّ، ويأتي، واستحقاق الجعل للوكيل يكون بالشَّرط اللَّفظيِّ والعرفيِّ.

(٢) والتَّفريط: ترك ما يجب، مثل: أن يترك حفظ السِّلعة في حرز مثلها.

والتَّعدِّي: فعل ما لا يجوز، مثل: أن يستعمل السِّلعة.

(٣) فإن كان لعذرٍ بأن لم يمكنه الرَّدُّ حينئذٍ؛ لحبس ونحوه فلا ضمان عليه.

(٤) كالتَّعدِّي.

(٥) فلا يكلَّف إقامة البيِّنة؛ لأنَّه ممَّا تتعذَّر إقامة البيِّنة عليه.

قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص ١٤١: (الوكيل في الضَّبط مثل من وكَّل رجلًا ما له وما عليه كأهل الدِّيوان، قوله أَولى بالقبول من وكيل التَّصرُّف؛ لأنَّه مؤتمنٌ على نفس الإخبار بما لَه وبما عليه، ونظيره إقرار كتاب الأموال وكتاب السُّلطان بما على بيت المال وسائر أهل الدِّيوان بما على جهاتهم من الحقوق من ناظر الوقف وعامل الصَّدقة والخراج ونحو ذلك، فإنَّ هؤلاء لا يخرجون عن وكالةٍ أو ولايةٍ).

(٦) وهذا استدراكٌ من قول الماتن: (قُبِل قوله)؛ لأنَّ وجود الأمر الظَّاهر ممَّا لا يخفى فلا يتعذَّر إقامة البيِّنة عليه.

(٧) أي: في أنَّ العين تلفت في ذلك الأمر الظَّاهر الَّذي أقام به البيِّنة.

وإن وكَّله في شِراءِ شيءٍ، فاشتراه، واختلفا في قدرِ ثمنِه؛ قُبِلَ قولُ الوكيلِ(١).

وإن اختلفا في ردِّ العينِ أو ثمنِها إلى الموكِّلِ؛ فقولُ وكيلٍ متطوِّعٍ(٢)، وإن كان بجُعْلٍ فقولُ موكِّلٍ(٣).

---

(١) في كشَّاف القناع ٣/ ٤٨٥: (لأنَّه أمينٌ وأدرى بما عقد عليه).

(٢) في كشَّاف القناع ٣/ ٤٨٥: (لأنَّه قَبِل المال لنفع مالكه فقط فقبل قوله فيه كالوصيِّ والمودَع المتبرِّعِ، وكذا وصيٌّ وعامل وقفٍ وناظره إذا كانوا متبرِّعين فالقول قولهم بيمينهم).

وفي الإنصاف مع الشَّرح ١٣/ ٥٤١: (وقيل: لا يقبل قوله - أي: الموكِّل - إلَّا ببيِّنةٍ)، وعلى هذا فيكون القول قول الوكيل مع يمينه؛ لما يأتي من قوله ﷺ: «البيِّنة على المدَّعي، واليمين على من أنكر».

(٣) وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٣/ ٥٤١: (وإن كان بجعلٍ فعلى وجهين . . . ، أحدهما: يقبل قوله مع يمينه كالوصيِّ، نصَّ عليه، وهو المذهب، وصحَّحه في التَّصحيح وجزم به في العمدة.

والوجه الثَّاني: لا يقبل قوله إلَّا ببيِّنةٍ، اختاره ابن حامدٍ وابن أبي موسى والقاضي في المجرد وابن عقيل).

وفي الشَّرح الكبير: (وإن كان بجعلٍ ففيه وجهان: أحدهما: أنَّ القول قوله - أي:الوكيل - كالأول أي: إذا كان بغير جعلٍ . .

والثَّاني: لا يقبل قوله؛ لأنَّه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرَّدِّ كالمستعير، وسواءٌ اختلفا في ردِّ العين أو ثمنها). اهـ.

ولقوله ﷺ: «البيِّنة على المدَّعي، واليمين على من أنكر»، والوكيل قد أقرَّ بوصول المال، وأنكر الموكِّل، فالقول قوله بيمينه؛ لأنَّ الأصل عدم الوصول.

وإذا قَبَض الوكيلُ الثمنَ حيثُ جاز(١)، فهو أمانةٌ في يدِه، لا يَلزَمُه تسليمُه قبلَ طَلبِه(٢)، ولا يَضمَنُ بتأخيرِه(٣).

ويُقْبَلُ قولُ الوكيلِ فيما وُكِّل فيه(٤).

---

(١) بأن أذن له الموكِّل أو دلَّت القرينة، وتقدَّم خلاف أهل العلم في قبض الوكيل للثَّمن.

(٢) كالوديعة.

(٣) في كشَّاف القناع ٣/ ٤٨٧: (فإن أخَّر الوكيل ردَّه أي: الثَّمن بعد طلبه مع إمكانه أي: الرَّدِّ، فتلف الثَّمن ضمنه الوكيل؛ لتعدِّيه بإمساكه بعد الطَّلب، وإن تلف قبل التَّمكُّن من ردِّه لم يضمنه؛ لأنَّه لا يعدُّ مفرِّطًا، وإن طلب الموكِّل الثَّمن ووعده الوكيل ردَّه، ثمَّ ادَّعى الوكيل أنِّي كنت رددته قبل طلبه أو تلف قبل طلبه لم يقبل قوله، لأنَّه رجوعٌ عن إقرارٍ بحقٍّ آدميٍّ فلم يقبل، ولو كان ببيِّنة أقامها الوكيل؛ لأنَّ وعده بردِّه يتضمَّن تكذيبها، وإن صدَّقه الموكِّل برئ؛ لاعتراف ربِّ الحقِّ ببراءته، وإن لم يَعِدْهُ بردِّه لكن منعه الوكيل أو مطله بالثَّمن مع إمكانه، ثمَّ ادَّعى الرَّدَّ أو التَّلف لم يقبل قوله؛ لأنَّه صار كالغاصب، إلَّا أن يدَّعي الوكيل ذلك ببيِّنةٍ فيعمل ببيِّنته، وإن أنكر الوكيل قبض المال ثمَّ ثبت القبض ببيِّنةٍ، أو اعترافٍ، فادَّعى الوكيل الرَّدَّ أو التَّلف لم يقبل ولو أقام بالرَّدِّ أو التَّلف بيِّنةً؛ لأنَّه كذَّبها بإنكار القبض، فإن كان جحوده بقوله: إنَّك لا تستحقُّ عليَّ شيئًا، أو بقوله: ما لك عندي شيءٌ أو نحوه ممَّا ليس بصريحٍ في إنكار القبض ابتداءً سمع قوله في دعوى التَّلف أو الرَّدِّ، إلَّا أن يدَّعي الوكيل ردَّه أو تلفه بعد قوله: ما لك عندي شيءٌ فلا يسمع قوله، لكن في مسألة التَّلف يقبل قوله بيمينه بالنِّسبة لغرم البدل).

(٤) من بيعٍ أو إجارةٍ، أو قبض الثَّمن، أو تلفه ونحو ذلك.

وهذا هو المذهب؛ لأنَّ الوكيل أمينٌ في التَّصرُّف، فكان القول قوله في صفة التَّصرُّف.

(وَمَنِ ادَّعى وَكَالَةَ زَيْدٍ فِي قَبْضِ حَقِّهِ مِنْ عَمْرٍو) بلا بيِّنة؛ (لَمْ يَلْزَمْهُ)، أي: عمرًا (دَفْعُهُ إِنْ صَدَّقَهُ)[1]؛ لجوازِ أنْ يُنكِرَ زيدٌ الوكالةَ، فيَستحِقَّ عليه الرجوعُ[2]، (وَلَا) يَلزَمُه (اليَمِينُ إِنْ كَذَّبَهُ)[3]؛ لأنَّه لا يُقْضى عليه بالنُّكولِ، فلا فائدةَ في لُزومِ تحليفِه[4].

(فَإِنْ دَفَعَهُ) عمرٌو (فَأَنْكَرَ زَيْدٌ الوَكَالَةَ؛ حَلَفَ)[5]؛ لاحتمالِ صِدْقِ الوكيلِ

وعند جمهور أهل العلم: أنَّ القول قول الموكِّل؛ لأنَّ الأمر مستفادٌ من جهته فكان المعتبر قوله.

وعن الإمام مالكٍ: إن أدركت السِّلعة فلم تفت فالقول قول الموكِّل، وإن فاتت فالقول قول الوكيل؛ لأنَّ السِّلعة إذا فاتت لزم الوكيلَ الضَّمانُ والأصل عدمه. [انظر: المبسوط ١٩/ ٤٧، المدوَّنة ٩/ ٢٥٥، بلغة السَّالك ٢/ ١٧٨، نهاية المحتاج ٥/ ٥٩، كشَّاف القناع ٣/ ٤٩٠].

(١) وكذا لو ادَّعى أنَّه وصيٌّ أو أحيل عليه، ويأتي في كلام الشَّارح.

(٢) أي: على عمرٍو؛ لأنَّ تسليمه لا يبرئه إلَّا أن تقوم به بيِّنةٌ، فيلزمه التَّسليم لزوال التَّبعة.

(٣) أي: كذَّب المدين أو الوديع مدَّعي الوكالة. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٤٩٠].

(٤) أي: تحليف عمرٍو؛ إذ لا يلزمه الدَّفع ولو صدَّقه إلَّا ببيِّنةٍ سواءٌ كان الحقُّ دَينًا أو وديعةً أو غيرهما.

(٥) في كشَّاف القناع ٣/ ٤٩٠: (فإن دفع المدين أو الوديع إليه أي: إلى مدَّعي الوكالة فأنكر صاحب الحقِّ الوكالة حلف صاحب الحقِّ أنَّه لم يوكِّله؛ لأنَّ الأصل عدمه، ورجع صاحب الحقِّ على الدَّافع وحده بدينه إن كان دَينًا؛ لأنَّ حقَّه في ذمَّته، ولم يبرأ بتسليمه إلى غير وكيله، ويرجع - الدَّافع - على الوكيل بما دفع له مع بقائه أو تعدِّيه في تلفٍ أو تفريطه حتَّى تلف؛ لاستقراره عليه

فيها، (وَضَمِنَهُ عَمْرٌو)، فيَرجِعُ عليه زيدٌ؛ لبقاءِ حقِّه في ذمَّتِه، ويَرجِعُ عمرٌو على الوكيلِ مع بقاءِ ما قَبَضه[١] أو تَعدِّيهِ[٢]، لا إن صَدَّقه وتَلِف بيدِه بلا تفريطٍ[٣].

(وَإِنْ كَانَ المَدْفُوعُ) لمدَّعي الوكالةِ بغيرِ بيِّنةٍ (وَدِيعَةً؛ أَخَذَهَا) حيثُ وَجَدها[٤]؛ لأنَّها عينُ حقِّهِ[٥]، (فَإِنْ تَلِفَتْ ضَمَّنَ أَيَّهمَا شَاءَ)[٦]؛ لأنَّ الدافِعَ ضَمِنها بالدَّفعِ، والقابِضَ قَبَض ما لا يَستحِقُّهُ.

فإن ضَمَّن الدافعَ لم يَرجِعْ على القابِضِ إن صَدَّقه، وإن ضَمَّن القابِضَ لم يَرجِعْ على الدافِعِ[٧].

بالتَّعدِّي، وإن لم يتعدَّ الوكيل فيما قبضه مع تلفه بيد الوكيل لم يرجع الدَّافع على الوكيل حيث صدَّقه على دعوى الوكالة...).

(١) صدَّقه أو لا، فرَّط أو لم يفرِّط.

(٢) أي: ويرجع عمرٌو على الوكيل ببدل حقِّه مع تعدِّيه أو تفريطه في التَّلف؛ لأنَّه بمنزلة الغاصب.

(٣) في كشَّاف القناع ٣/ ٤٩١: (وإن لم يتعدَّ الوكيل فيما قبضه مع تلفه بيد الوكيل لم يرجع الدَّافع على الوكيل حيث صدَّقه على دعوى الوكالة؛ لأنَّه يدَّعي أنَّ ما أخذه المالك ظلمٌ ويقرُّ بأنَّه لم يوجد من صاحبه تعدٍّ، فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره، وإن كان دفع بغير تصديقٍ رجع مطلقًا).

(٤) أي: وجد العين ربُّها بيد القابض أو غيره، وكذا عاريّةٌ ومغصوبٌ ونحو ذلك.

(٥) أي: عين حقِّ زيدٍ دفعه عمرٌو إلى غير مستحقِّه.

(٦) حيث دفعها بغير إذنٍ شرعيٍّ.

(٧) وفي كشَّاف القناع ٣/ ٤٩١: (وإن ضمَّن ربُّ الوديعة الوكيل لم يرجع على

وكدعوى الوكالةِ دعوى الحوالةِ والوصيةِ[١].

وإن ادَّعى أنه مات وأنا وارِثُهُ؛ لزِمَه الدَّفعُ إليه مع التَّصديقِ[٢]، واليمينُ مع الإنكارِ على نفي العلمِ[٣].

  

الدَّافع، وإن صدَّقه؛ لاعتراف الوكيل ببراءته وأنَّ ربَّ الحقِّ ظلمه فلا يرجع بظلمه على غير من ظلمه، لكن إن كان الوكيل تعدَّى فيها أي: الوديعة أو فرَّط استقرَّ الضَّمان عليه، ولو كان الدَّافع صدَّقه، فإن ضمن ربُّ الوديعة الوكيل لم يرجع على أحدٍ بما غرمه، وإن ضمن ربُّ الوديعة الدَّافع رجع الدَّافع على الوكيل).

(١) في كشَّاف القناع ٣/ ٤٩٤: (فإن صدقه لم يلزم الدَّفع إليه، وإن كذَّبه لم يستحلف... إلى أن قال: وإن دفع المدَّعى عليه الحوالةُ للمدَّعي ما ادَّعاه بلا إثباتها ثمَّ أنكرها ربُّ الحقِّ رجع على الغريم وهو على القابض مطلقًا صدَّقه أو لا؛ لأنَّه قبضه على أنَّه مضمونٌ عليه).

(٢) في حاشية العنقريِّ ٢/ ٢٥٩: (أي: مع تصديق مدَّعي الإرث لإقراره له بالحقِّ، وأنَّه يبرأ بالدَّفع له أشبه المورِّث).

(٣) في حاشية العنقريِّ ٢/ ٢٥٩: (أي: يلزم اليمين من عليه حقٌّ مع إنكاره موت ربِّ الحقِّ أو إنكاره أنَّ الطَّالب وارثه؛ لأنَّ من لزمه الدَّفع مع الإقرار لزمه اليمين مع الإنكار ويحلف أنَّه لا يعلم صحَّة دعواه ونحوه.

خاتمة:

ومن أخبر بوكالةٍ فظنَّ صدق مخبره، تصرَّف اعتمادًا على غلبة ظنِّه، وإذا تصرَّف وأنكر المخبر عنه ضمن الوكيل ما فات بتصرُّفه إن لم تثبت وكالته لتبيُّن أنَّه تصرَّف بغير حقٍّ). اهـ.

(بَابُ الشَّرِكَةِ)(١)

بوزنِ(٢): سَرِقَةٍ، ونِعْمَةٍ، ....

---

(١) الشَّركة جائزةٌ بالكتاب، كما في قوله تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ ٱلْخُلَطَآءِ﴾، ومن السُّنَّة ما رواه ابن عمر ﵄ أنَّ النَّبيَّ ﷺ «عامَل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمرٍ أو زرعٍ»، متَّفقٌ عليه. والمُساقاة والمزارعة نوع شركةٍ.

وعن أبي المنهال روى أنَّ زيد بن أرقم، والبراء بن عازبٍ كانا شريكين، فاشتريا فضَّةً بنقدٍ ونسيئةٍ، فبلغ النَّبيَّ ﷺ، فأمرهما: «ما كان يدًا بيدٍ؛ فخذوه، وما كان نسيئةً؛ فرُدُّوه»، رواه البخاريُّ.

ولأنَّ الإنسان قد يملك المال، لكن لا يستطيع أن يستقلَّ بالتَّصرُّف، وقد يملك التَّصرُّف، لكن لا يملك المال.

مسألةٌ: تكره مشاركة مَنْ في ماله حرامٌ وحلالٌ يُجهل، وكذا إجابة دعوته... وتقوى الكراهة وتضعف بحسب كثرة الحرام وقلَّته. [انظر: كشَّاف القناع ٥/٤٩٦].

مسألةٌ: أيُّهما أفضل: الشَّركة أو الانفراد؟

قيل: الشَّركة أفضل؛ لقيامها على التَّعاون، فكلٌّ منهما ينتفع بما عند الآخر من مالٍ وعملٍ وخبرةٍ.

وقيل: الانفراد أفضل؛ لأنَّ الإنسان يكون فيها حرًّا إن شاء تبرَّع وتصدَّق وأهدى.

قال شيخنا ابن عثيمين: (كلٌّ من الانفراد والاشتراك له مزيَّةٌ على الآخر، ولكنَّ المزيَّة الَّتي لا يعدلها شيءٌ هي السَّلامة في مسألة الانفراد؛ لأنَّه يصعب مراعاة كلِّ أحوال الشَّركة).

(٢) في المطلع ص ٢٦٠: (قال ابن القطَّاع: يقال: شَرِكْتُك في الأمر أَشْرَكُكَ

وتَمْرَةٍ[(١)].

(وَهِيَ) نوعان:

شركةُ أملاكٍ[(٢)]، وهي: (اجْتِمَاعٌ فِي اسْتِحْقَاقٍ)[(٣)]؛ كثبوتِ الملكِ في عقارٍ[(٤)] أو منفعةٍ لاثنين فأكثرَ[(٥)].

(أَوْ) شركةُ عقودٍ[(٦)]، وهي: اجتماعٌ في (تَصَرُّفٍ)، مِن بيعٍ ونحوِه[(٧)].

(وَهِيَ) أي: شركةُ العقودِ وهي - المقصودةُ هنا[(٨)] - (أَنْوَاعٌ) خمسةٌ:

شِرْكًا وشِرِكةً وشَرِكةً، بوزن نِعْمةٍ وسَرِقةٍ، وحكي مكِّيٌّ لغةً ثالثةً: شَرْكةً بوزن تَمْرةٍ، وحكى ابن سيده: شركته في الأمر، وأشركته...).

ومعناها لغة: الاختلاط. [انظر: لسان العرب٢/ ٣٣٣].

(١) بفتحٍ وكسرٍ، وبكسرٍ وسكونٍ، وبفتحٍ وسكونٍ.

(٢) وهذا النَّوع الأوَّل من نوعي الشَّركة، وهي: شركة الأملاك.

(٣) أي: شركة الأملاك: اجتماع اثنين فأكثر في استحقاق ماليٍّ بشراءٍ، أو هِبةٍ، أو إرثٍ، أو غير ذلك، وكلٌّ واحدٍ في نصيب شريكه كالأجنبيِّ، لا يجوز له التَّصرُّف إلَّا بإذنه.

(٤) كدارٍ بين اثنين فأكثر؛ بشراءٍ أو إرثٍ، ونحو ذلك.

(٥) كما لو استأجر اثنان دارًا، أو وُصِّي لهم بمنفعة عينٍ؛ فهم شركاء في المنفعة دون العين.

(٦) وهذا هو القسم الثَّاني من أقسام الشَّركة، وهي شركة العقود.

(٧) كعملٍ وغيره، ممَّا سيأتي موضَّحًا.

(٨) ومن تعريفات الحنفيَّة كما في مجمع الأنهر: ٢/ ٧١٤: (عبارةٌ عن العقد بين المتشاركين في الأصل والرِّبح).

ومن تعريفات المالكيَّة كما في مختصر خليلٍ مع مواهب الجليل: ٥/ ١١٧: (إذن كلِّ واحدٍ من الشَّريكين لصاحبه في التَّصرُّف في بدنه أو ماله، لهما مع تصرُّفهما أنفسهما أيضًا).

. . . .

ومن تعريفات الشَّافعيَّة كما في نهاية المحتاج: ٥/٢: (عقدٌ يقتضي ثبوت الحقِّ شائعًا لاثنين فأكثر).

واختلف الفقهاء في عقد الشَّركة: هل يعتبر من العقود اللَّازمة أو من العقود الجائزة؟

فقيل: الشَّركة عقدٌ جائزٌ مطلقًا قبل خلط المالين وبعده، وهذا مذهب الجمهور، إلَّا أنَّ الحنفيَّة اشترطوا لجواز الفسخ شرطين:

أحدهما: أن يُعلم الشَّريك صاحبه بالفسخ. والثَّاني: أن يكون مال الشَّركة ناضًّا (نقدًا) لا عروضًا.

وعلَّلوا بكون الشَّركة عقدًا جائزًا؛ لأنَّ الشَّركة مبنيَّةٌ على الوكالة، وعلى الإذن بالتَّصرُّف، والوكالة من العقود الجائزة، وفسخ الشَّركة يبطل الإذن بالتَّصرُّف، فالشَّركة عند جمهور العلماء ليست عقد معاوضةً.

وقيل: الشَّركة عقدٌ لازمٌ مطلقًا، قبل الشُّروع وبعده، ويستمرُّ اللُّزوم إلى أن ينضَّ المال أو يتمَّ العمل الَّذي تُقبِّل، أو يتَّفقا على الفسخ، وهو مذهب المالكيَّة؛ لأنَّ الشَّركة من عقود المعاوضات عندهم، وعقود المعاوضات عقودٌ لازمةٌ، لا تفسخ إلَّا برضا الطَّرفين.

وعند بعض المالكيَّة: الشَّركة لا تلزم إلَّا بخلط المالين؛ لأنَّ الخلط بمنزلة الشُّروع في العمل، فقبل الشُّروع في العمل لا ضرر في فسخ الشَّركة على أيٍّ من الشَّريكين بخلاف الفسخ بعد الشُّروع في العمل، فإنَّ الفسخ يجب أن يكون بالتَّراضي. [انظر: تبيين الحقائق ٣/٣٢٣، التَّاج والإكليل ٥/١٢٥، الحاوي الكبير ٦/٤٨٣، الإنصاف ٥/٣٥٤، المعاملات الماليَّة المعاصرة ١٤/٦١].

* أركان الشَّركة.

الحنفيَّة يرون أنَّ الشَّركة كسائر العقود ليس لها إلَّا ركنٌ واحدٌ وهو الصِّيغة: الإيجاب والقبول.

وذهب الجمهور إلى أنَّ أركان الشَّركة ثلاثةٌ على سبيل الإجمال:

(فَـ) أحدُها: (شَرِكَةُ عِنَانٍ)(١)، سُمِّيت بذلك؛ لتساوي الشَّريكين في المالِ والتَّصرفِ، كالفارسَيْن إذا استويَا بين فرسَيْهِما وتساويَا في السَّيْرِ.

الصِّيغة: الإيجاب والقبول.

والعاقدان: ويتكوَّنان من اثنين فأكثر.

والمعقود عليه: وهو المال بالاتِّفاق، والعمل على خلافٍ بينهم.

* وصيغة عقد الشَّركة: الإيجاب والقبول، والمعاطاة، كما تقدَّم في البيع خلافًا للشَّافعيَّة فلا تنعقد الشَّركة بالمعاطاة.

* يشترط في العاقدين توفُّر الأهليَّة، والأهليَّة في الشُّركاء: هي صلاحِيَةُ كلٍّ منهما للتَّوكل والتَّوكيل من أجل صحَّة التَّصرُّف، وهذا يعني أن يكون الشَّريك عاقلًا حرًّا رشيدًا، وهذا بالاتِّفاق.

(١) العنانُ في اللُّغة: من عَنَّ يعنُّ، إذا ظهر أمامك، وذلك لظهور مال كلٍّ من الشَّريكين لصاحبه، أو لأنَّها أظهر أنواع الشَّركة.

وقيل: العنانُ: سيرُ اللِّجام الَّذي تمسك به الدَّابَّة، سمِّي به لاعتراض سَيرَيْهِ على صفحتي عنق الدَّابة من اليمين والشِّمال، فالشَّريكان مستويان في ولاية الفسخ والتَّصرُّف واستحقاق الرِّبح، كاستواء طرفي العنان.

وقيل: سمِّيت عنانًا؛ لأنَّها مشتقَّةٌ من المعانَّة وهي المعارضة؛ لمعارضة كلٍّ واحدٍ منهما صاحبه بمالٍ مثل مال صاحبه، وعمله فيه مثل عمل صاحبه بيعًا وشراءً، أو لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يمنع الآخر من التَّصرُّف، كما يمنع العنان الدَّابَّة. [انظر: لسان العرب ١٣/ ٢٩٢، تاج العروس ٩ / ٢٨١، المعجم الوسيط: ٢/ ٦٣٣].

وشركة العنان جائزةٌ بالإجماع، قال ابن المنذر في الإجماع ص ١٢٢: (وأجمعوا على أنَّ الشَّركة الصَّحيحة: أن يُخرج كلُّ واحد من الشريكين مالًا مثل مال صاحبه، دنانير أو دراهم، ثمَّ يخلط ذلك حتَّى يصير مالًا واحدًا، لا يتميَّز على أنَّ يبيعا ويشتريا ما رأيا من التِّجارات على أنَّ ما كان فيه من فضلٍ

وهي: (أَنْ يَشْتَرِكَ بَدَنَانِ)، أي: شخصان فأكثرُ[١]، مُسْلِمَيْن أو أحدُهُما، ولا تُكرَه مشاركةُ كتابيٍّ لا يَلي التصرُّفَ[٢][٣]، ....

فلهما، وما كان من نقصٍ فعليهما، فإذا فعلا ذلك؛ صحَّت الشَّركة).

وقال ابن رشدٍ في بداية المجتهد: ٢/ ٢٥١: (واحدةٌ منها متَّفقٌ عليها، وهي: شركة العنان)، وأمَّا قول ابن القاسم: إنَّه لا يعرف شركة العنان عن مالكٍ، وأنَّه لم يرَ أحدًا من أهل الحجاز يعرفها؛ فالمراد أنَّه لم يعرف استعمال هذا اللَّفظ ببلدهم.

(١) ويشترط فيهما أن يكونا جائزي التَّصرُّف؛ لأنَّها عقدٌ على تصرُّفٍ في مالٍ؛ فلم تصحَّ من غير جائز التَّصرُّف كالبيع. [انظر: كشَّاف القناع: ٣/ ٤٩٦].

(٢) جمهور أهل العلم: أنَّ المسلم له مشاركة الذِّمِّيِّ.

لكن عند المالكيَّة: لا ينفرد الذِّمِّيُّ ببيعٍ ولا شراءٍ، ولا قضاءٍ ولا اقتضاءٍ إلَّا بحضرة المسلم، وعند الشَّافعيَّة: تكره مشاركة الكافر.

ودليل جواز مشاركة الذِّمِّيِّ: أنَّ النبيَّ ﷺ عامل أهل خيبر بنصف ما يخرج منها على أن يعملوها بأموالهم وأنفسهم، وابتاع رسول الله ﷺ من يهوديٍّ طعامًا، ورهنه درعه.

ودليل من قال بالكراهة: ورود ذلك عن ابن عبَّاسٍ رضي الله عنهما رواه ابن أبي شيبة وإسناده حسن؛ ولأنَّ مال الذِّمِّيِّ ليس طيِّبًا لبيعهم الخمر، وتعاملهم بالرِّبا.

وعند الحنفيَّة: تجوز مشاركة الذِّمِّيِّ إلَّا في شركة المفاوضة؛ لأنَّ مبنى المفاوضة على المساواة، ولا مساواة بين المسلم والذِّمِّيِّ في التَّصرُّف، ولا محلِّ التَّصرُّف. [انظر: البحر الرَّائق ٥/ ١٨٣، مواهب الجليل ٥/ ١١٨، تكملة المجموع ١٣/ ٥٠٧، المغني ٧/ ١٠٩، المحلَّى ٨/ ٥٤٧، المعاملات الماليَّة المعاصرة ١٤/ ٦٨].

(٣) فإن كان بحضرة مسلمٍ لا يكره على المذهب؛ لأنَّ علَّة الكراهة خشية

(بِمَالَيْهِمَا المَعْلُومِ)[١] كلٌّ منهما، الحاضرَيْن[٢]، (وَلَوْ) كان مالُ كُلٍّ

تعامله بالرِّبا، وهذا منتفٍ بحضرة المسلم. [انظر: كشَّاف القناع: ٣/ ٤٩٦].

وفي كشَّاف القناع ٣/ ٤٩٦: (وتُكره مشاركة مجوسيٍّ ووثنيٍّ ومن في معناه، ممَّن يعبد غير الله تعالى، وظاهره: ولو كان المسلم يلي التَّصرُّف، قال أحمد في المجوسيِّ: ما أحبُّ مخالطته ومعاملته؛ لأنَّه يستحلُّ ما لا يستحلُّ هذا). اهـ.

(١) إذ المجهول لا يمكن الرُّجوع إليه بعد فسخ الشَّركة.

فالمذهب، ومذهب المالكيَّة: يشترط العلم بمقدار رأس مال الشَّركة وقت العقد؛ لأنَّ المشاركة بالمال المجهول لا يمكن الرُّجوع إلى رأس المال عند فسخ الشَّركة، ولأنَّ الجهل به يؤدِّي إلى الجهل بالرِّبح.

وعند الحنفيَّة، والشَّافعيَّة: لا يشترط العلم بمقدار رأس مال الشَّركة وقت العقد؛ لأنَّ الجهالة بالمال لا تمنع جواز العقد لعينها، بل لما يتسبَّب عنها من نزاعٍ في المستقبل، وجهالته عند العقد لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنَّ معرفته معلومةٌ في الغالب. [انظر: المصادر السَّابقة].

والخلاف في هذه المسألة يرجع إلى الخلاف في الوصف الفقهيِّ للشَّركة، هل هي عقدٌ من عقود المعاوضات أو من عقود المشاركات؟

(٢) المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: يشترط حضور المال عند العقد؛ لأنَّ المقصود من الشَّركة الرِّبح، وذلك عن طريق التَّصرُّف، والتَّصرُّف لا يمكن في المال الغائب أو في الدَّين.

إلَّا أنَّ الحنابلة يرون أنَّ الشَّركة إذا عقدت بمالٍ غائبٍ، أو دينٍ في الذِّمَّة، وأحضر المال وشرع الشَّريكان في التَّصرُّف، فإنَّ الشَّركة تنعقد بهذا التَّصرُّف نفسه.

وعند الحنفيَّة: لا يشترط حضور رأس المال عند العقد من كلا الشَّريكين، وإنَّما يشترط حضوره عند الشِّراء.

(مُتَفَاوِتًا)[١]، بأن لم يَتساوَ المالانِ قَدْرًا أو جِنْسًا أو صِفةً[٢]؛ (لِيَعْمَلَا فِيهِ بِبَدَنَيْهِمَا)، أو يَعمَلَ فيه أحدُهُما، ويكونَ له مِن الرِّبحِ أكثرُ مِن رِبحِ مالِه[٣]، فإن كان بدونِه لم يصحَّ[٤]، ....

وعند المالكيَّة: الشَّريكان إن غاب نقداهما معًا منعت الشَّركة، وإن غاب نقد أحدهما جاز بشرطين: أحدهما: أن تكون غيبة المال قريبةً كاليومين. والثَّاني: ألَّا يتَّجر بالحاضر إلَّا بعد قبض المال الغائب. [انظر: المصادر السَّابقة].

وقال ابن القيِّم كما في إعلام الموقِّعين ٣/ ٣٥٠: (تجوز المضاربة بالدَّيْن، وهو الرَّاجح في الدَّليل، وليس في الأدلَّة الشَّرعيَّة ما يمنع من جوازه، ولا يقتضي تجويزُه مخالفة قاعدةٍ من قواعد الشَّرع، ولا وقوعًا في محظورٍ، ولا غررٍ ولا مفسدةٍ، وتجويزه من محاسن الشَّريعة).

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لأنَّهما مالان من جنس الأثمان، فجاز عقد الشَّركة عليهما كما لو تساويا.

وعند بعض الشَّافعيَّة: عدم الجواز؛ لأنَّ صاحب المال القليل إن أخذ نصف الرِّبح؛ أخذ ربح مالٍ لا يملكه، وإن أخذ بقدر ماله أخذ شريكه بعض الرِّبح الحاصل لعمله؛ لاستوائهما في العمل. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٥٩، الشَّرح الصَّغير ٣/ ٤٥٩، شرح روض الطَّالب ٢/ ٢٥٣، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٤/ ٢٣].

(٢) كما لو كان مع أحدهما دنانير، والآخر دراهم، وعند التَّراجع يرجعان بما أخرجاه، والباقي ربحٌ، خلافًا للشَّافعيِّ، لاشتراطه خلط المالين: [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٤/ ٢٢].

(٣) ليكون الجزء الزَّائد في نظير عمله في مال الشَّركة.

(٤) في الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٤/ ١٠: (فإن اشتركا على أنَّ العمل مع

وبِقَدْرِه إبْضَاعٌ[١].

وإن اشتركا في مختلطٍ بينهما شائِعًا[٢]؛ صحَّ إنْ عَلِما قَدْرَ ما لكلٍّ منهما[٣].

(فَيَنْفُذُ تَصَرُّفُ كُلٍّ مِنْهُمَا فِيهِمَا)، أي: في المالَيْنِ (بِحُكْمِ المِلْكِ فِي نَصِيبِهِ، وَ بِـ) حُكمِ (الوَكَالَةِ فِي نَصِيبِ شَرِيكِهِ)[٤]، ويُغني لفظُ: (الشركةِ) عن

أحدهما في المالين، صحَّ، ويكون عنانًا ومضاربةً...

وقال الزَّركشيُّ: هذه الشَّركة تجمع شركةً ومضاربةً، فمن حيث إنَّ كلًّا منهما يجمع المال؛ تشبه شركة العنان، ومن حيث إنَّ أحدهما يعمل في مال صاحبه في جزءٍ من الرِّبح؛ هي مضاربةٌ)، وهي شركة عنانٍ على الصَّحيح من المذهب، وقيل: شركة مضاربةٍ، فإن شرط له ربحًا قَدْر ماله؛ فهو إبضاعٌ، وإن شرط له ربحًا أقلَّ من ماله؛ لم يصحَّ، على الصَّحيح من المذهب.

فالمذهب، ومذهب الحنفيَّة، والشَّافعيَّة: جواز اشتراط أن يكون العمل على أحدهما دون الآخر، وهو الأقرب.

على خلافٍ بينهم في التَّسمية الاصطلاحيَّة لهذه الشَّركة، فمنهم من ألحقها بعقود المضاربة، ومنهم من ألحقها بالشَّركات، ومنهم من قال: إنَّ هذا النَّوع من العقود يجمع بين الشَّركة والمضاربة.

وعند المالكيَّة: منع أن يكون العمل من أحدهما. [انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٧، مواهب الجليل ٤/ ٣١٤، المجموع ١٤/ ٣٨٢، الإنصاف ٥/ ٤٠٨].

(١) الإبضاع: أن يعطي من يبيع له بلا عوضٍ. [انظر: المقنع مع الشَّرح الكبير ١٤/ ٥٧].

(٢) كما لو ورثاه، أو اتَّهباه.

(٣) عن نصفٍ، أو ربعٍ، ونحو ذلك لانتفاء الغرر.

(٤) في الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٤/ ١١: (بلا نزاعٍ).

إذنٍ صريحٍ في التَّصرفِ.

(وَيُشْتَرَطُ) لشركةِ العِنانِ والمضارَبَةِ: (أَنْ يَكُونَ رَأْسُ المَالِ مِنَ النَّقْدَيْنِ[١] المَضْرُوبَيْنِ)[٢]؛ لأنَّهما قِيَمُ الأموالِ وأثمانُ البِياعاتِ، فلا تصحُّ بعُروضٍ[٣]،

(١) الذَّهب والفضَّة، وكون رأس مال الشَّركة من الذَّهب والفضَّة تصحُّ معه الشَّركة بالاتِّفاق.

(٢) أي: ما ضربه الإمام من الدَّراهم والدَّنانير الَّتي يتعامل بها النَّاس. [انظر: الأحكام السُّلطانيَّة لأبي يعلى ص ١٧٩].

واختلف الفقهاء في الشَّركة بالذَّهب والفضَّة غير المضروبة كالتِّبر والحلي، ونحو ذلك، ويرجع الخلاف فيها إلى الخلاف في العروض.

قال ابن قدامة: (والحكم في النُّقرة كالحكم في العروض؛ لأنَّ قيمتها تزيد وتنقص فهي كالعروض).

فمن منع الشَّركة بالعروض مطلقًا سيمنع الشَّركة فيها، وهو ظاهر المذهب عند الحنفيَّة، والمذهب عند الحنابلة.

ومن أجاز الشَّركة بالعروض مطلقًا، أو بشرط أن تكون العروض مثليَّةً أجاز الشَّركة فيها، فالأوَّل مذهب المالكيَّة بشرط التَّساوي في القدر والجودة، والثَّاني قول للشَّافعيَّة.

ومنهم من أجاز الشَّركة في الذَّهب غير المضروب وإن منع الشَّركة في العروض بشرط أن يجري التَّعامل بها باعتبار أنَّ جريان التَّعامل بها يلحقها بالأثمان، وهو المذهب عند الحنفيَّة. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفيَّة، والظَّاهرية؛ لأنَّ رأس مال الشَّركة في العروض هو قيمتها وهي مجهولةٌ؛ إذ لا تعرف إلَّا بالحَزر والظَّنِّ، فيؤدِّي ذلك إلى جهالة الرِّبح ممَّا يؤدِّي إلى النِّزاع والشِّقاق.

ونوقش: بأنَّ القائلين بصحَّة الشَّركة في العروض مطلقًا يقولون بأنَّ الشَّركة

....

فيها لا تتمُّ إلَّا بعد تقويمها، والاتِّفاق على القيمة، ثمَّ تصبح القيمة هي محلَّ الشَّركة، وإذا لم يتمَّ الاتِّفاق على القيمة لم تنعقد.

ولأنَّ الشَّركة تقوم على الوكالة، وهي لا تصحُّ في العروض.

ونوقش: بأنَّ الشَّريك إذا قدَّم عروضه للشَّركة وتمَّ عقد الشَّركة بالإيجاب والقبول فإنَّ العروض تصبح ملكًا للشَّركة، ومن ثمَّ يكون تصرُّف الشَّريك في نصيبه بالأصالة، وفي نصيب شريكه بالوكالة.

وعند المالكيَّة، وبه قال الأوزاعيُّ، وابن أبي ليلى، وروايةٌ عن الإمام أحمد، واختيار ابن تيميَّة: يصحُّ أن يكون رأس مال الشَّركة من العروض؛ لأنَّ مقصود الشَّركة هو التَّصرُّف في المالين وكون الرِّبح بينهما، وهذا يحصل في العروض؛ ولأنَّ رأس المال في الشَّركة معلومٌ وهو قيمة العروض فكانت كالنُّقود.

وعند الشَّافعيَّة، ومحمَّد بن الحسن من الحنفيَّة: إن كانت العروض مثليَّةً؛ كالحبوب والأدهان، صحَّ أن تكون رأس مالٍ للشَّركة، وإن كانت قيميَّةً لم يصحَّ؛ لأنَّ المثليَّ إذا اختلط بجنسه؛ ارتفع معه التَّمييز فأشبه الأثمان، وأمَّا القيميُّ؛ فقد تزيد قيمة أحدهما على الآخر، فيستوعب جميع الرِّبح.

ونوقش: بأنَّه لا دليل على وجوب خلط المالين، وأنَّ المقصود من الشَّركة هو التَّصرُّف في المالين، وهذا لا يتوقَّف على الخلط. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٥٩، الشَّرح الصَّغير ٣/ ٤٥٩، شرح روض الطَّالب ٢/ ٢٥٣، المغني ٧/ ١٢٥، مطالب أولي النُّهى ٣/ ٤٩٩، المعاملات الماليَّة المعاصرة ١٤/ ١٠٩].

والأقرب: قول المالكيَّة، إذ الأصل في المعاملات الحلُّ، وما علَّل به المخالفون غير مسلَّم؛ للعلم بقيمة العروض.

* فرعٌ: عند الحنفيَّة: لا يشترط حضور رأس المال عند العقد من كلا الشَّريكين، وإنَّما يشترط حضوره عند الشَّراء؛ لأنَّه لا يمكن بالدَّين شراء المال وبيعه، والرِّبح من ذلك.

ولا فلوسٍ ولو نافِقَةً[١].

وتصحُّ بالنَّقدَينِ (وَلَوْ مَغْشُوشَيْنِ يَسِيرًا)؛ كحبَّةِ فضةٍ في دينارٍ، ذَكَره في المغني[٢] ....

وذهب المالكيَّة: أنَّ الشَّريكين إن غاب نقداهما معًا منعت الشَّركة، وإن غاب نقد أحدهما جاز بشرطين:

أحدهما: أن تكون غيبة المال قريبةً كاليومين.

والثَّاني: ألَّا يتَّجر بالحاضر إلَّا بعد قبض المال الغائب؛ لأنَّ غياب النَّقدين مبطلٌ للشَّركة؛ لأنَّه من قبيل بيع الدَّين بالدَّين.

وذهب الشَّافعيَّة والحنابلة: يشترط حضور المال عند العقد؛ لأنَّ المقصود من الشَّركة الرِّبح، وذلك عن طريق التَّصرُّف، والتَّصرُّف لا يمكن في المال الغائب.

(١) المذهب، ومذهب أبي حنيفة: لا تصحُّ الشَّركة في الفلوس، ولو كانت نافقةً، بناءً على أنَّها عروضٌ.

وعند محمَّد بن الحسن، وعليه الفتوى عند الحنفيَّة، والمذهب عند الشَّافعيَّة: تصحُّ الشَّركة في الفلوس النَّافقة. [انظر: المبسوط ١١/ ١٦٠، أسنى المطالب ٢/ ٢٦٧].

وفي الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٤/ ١٦: (ويتخرَّج الجواز إذا كانت نافقةً؛ فإنَّ أحمد قال: لا أرى السَّلم في الفلوس؛ لأنَّه يشبه الصَّرف، هذا قول محمَّد بن الحسن وأبي ثورٍ؛ لأنَّها ثمنٌ، فأشبهت الدَّراهم والدَّنانير.

وفيه وجهٌ آخر: أنَّ الشَّركة تجوز بها على كلِّ حالٍ، وإن لم تكن نافقةً، بناءً على جواز الشَّركة بالعروض... فإذا قلنا بصحَّة الشَّركة بها؛ فإنَّها إن كانت نافقةً، كان رأس المال مثلها، وإن كانت كاسدةً، كانت قيمتها كالعروض).

(٢) [انظر: المغني: ٧/ ١٢٥].

والشَّرحِ[١]؛ لأنَّه لا يُمكِنُ التَّحرُّزُ منه.

فإن كان الغِشُّ كثيرًا لم تصحَّ؛ لعدمِ انضباطِه.

(وَ) يُشترطُ أيضًا (أَنْ يَشْتَرِطَا لِكُلٍّ مِنْهُمَا جُزْءًا مِنَ الرِّبْحِ مُشَاعًا مَعْلُومًا)؛ كالثُّلُثِ والرُّبُعِ[٢]؛ لأنَّ الرِّبحَ مستحَقٌّ لهما بحسبِ الاشتراطِ، فلم يَكُن بُدٌّ مِن اشتراطِهِ؛ كالمضارَبَةِ.

---

(١) في الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٤/١٤: (اختلف أصحابنا في الشَّركة بالمغشوش من الأثمان على وجهين:

أحدهما: لا تصحُّ، قلَّ الغشُّ أو كثر، وبه قال الشَّافعيُّ.

وقال أبو حنيفة: إن كان الغشُّ أقلَّ من النِّصف؛ جاز، وإن كثر لم يجز؛ لأنَّ الاعتبار بالغالب في كثيرٍ من الأصول.

ولنا: أنَّها مغشوشةٌ أشبه ما لو كان الغشُّ أكثر...، اللَّهم إلَّا أن يكون الغشُّ قليلًا لمصلحة النَّقد كيسير الفضَّة في الدِّينار، كالحبة ونحوها فلا اعتبار به؛ لأنَّه لا يمكن التَّحرُّز منه، ولا يؤثِّر في ربًا ولا غيره.

والثَّاني: أنَّ الشَّركة تصحُّ بها بناءً على صحَّة الشَّركة في العروض).

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب أبي حنيفة؛ لما علَّل به المؤلِّف؛ ولأنَّ العمل يستحقُّ به الرِّبح بدليل المضاربة، وقد يتفاضلان فيه لقوَّة أحدهما وحذقه، فجاز أن يجعل له حظًّا من الرِّبح، كالمضارب.

وعند المالكيَّة، والشَّافعيَّة: يكون الرِّبح على مقدار رأس المال؛ لأنَّ الرِّبح في هذه الشَّركة تبعٌ للمال، فلا يجوز تغييره بالشَّرط كالوضيعة.

ونوقش: بأنَّ الوضيعة لا تتعلَّق إلَّا بالمال، بخلاف الرِّبح؛ فإنَّه يتعلَّق بالعمل بدليل المضاربة، وعلى هذا فالأقرب ما ذهب إليه الحنفيَّة والحنابلة.

[انظر: بدائع الصَّنائع ٥٨/٦، مواهب الجليل ١١٨/٥، روضة الطَّالبين ٤/ ٢٧٥، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٧/١٤].

فإن قالا: والربحُ بيننا، فهو بينهما نِصفين[١].

(فَإِنْ لَمْ يَذْكُرَا الرِّبْحَ)؛ لم تصحَّ[٢]؛ لأنَّه المقصودُ مِن الشَّركةِ، فلا يجوزُ الإخلالُ به.

(أَوْ شَرَطَا لِأَحَدِهِمَا جُزْءًا مجْهُولًا)؛ لم تصحَّ[٣]؛ لأنَّ الجهالةَ تمنَعُ تَسليمَ الواجبِ[٤].

(أَوْ) شَرَطَا (دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً)[٥]؛ لم تصحَّ؛ لاحتمالِ أنْ لا يَربَحَها، أو

---

(١) لأنَّ الإضافة إليهما إضافةٌ واحدةٌ من غير ترجيحٍ، فاقتضت المساواة، كقوله: هذه الدَّار بيني وبينك. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف: ١٤/ ١٨].

(٢) فيكون الرِّبح على قدر المالين. [انظر: المصدر السَّابق]. ويأتي عند قول المؤلِّف: (وإن فسدت؛ فالرِّبح لربِّ المال...)

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص ١٤٧: (والرِّبح الحاصل من مالٍ لم يأذن مالكه للتِّجارة فيه، فقيل: هو للمالك فقط، كنماء الأعيان، وقيل: للعامل فقط؛ لأنَّ عليه الضَّمان، وقيل: يتصدَّقان به؛ لأنَّه ربحٌ خبيثٌ، وقيل: يكون بينهما على قدر النَّفعين بحسب معرفة أهل الخبرة، وهو أصحُّها، وبه حكم عمر بن الخطَّاب ﷺ إلَّا أن يتَّجر به على غير وجه العدوان، مثل: أن يعتقد أنَّه مال نفسه، فيتبيَّن له أنَّه مال غيره فهنا يقتسمان الرِّبح بلا ريبٍ).
ونحوه في إعلام الموقعين ١/ ٣٨٦.

(٣) كحصَّةٍ، أو نصيبٍ، أو مثل ما شرط لفلانٍ مع جهله.

(٤) ولأنَّ الرِّبح المقصود في الشَّركة، فلم يصحَّ مع الجهالة؛ كالثَّمن والأجرة في الإجارة.

(٥) وفي المغني ٧/ ١٤٦: (قال ابن المنذر: أجمع كلُّ من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومةً، وممَّن حفظنا ذلك عنه مالكٌ، والأوزاعيُّ، والشَّافعيُّ، وأبو ثورٍ، وأصحاب الرَّأي).

لا يَربَحَ غيرَها[(١)].

(أَوْ) شَرَطَا (رِبْحَ أَحَدِ الثَّوْبَيْنِ)، أو إحدى السَّفرَتين، أو رِبحَ تجارتِه في شهرٍ أو عامٍ بعينِه؛ (لَمْ تَصِحَّ)[(٢)]؛ لأنَّه قد يَربَحُ في ذلك المعيَّنِ دونَ غيرِه، أو بالعكسِ، فيَختَصُّ أحدُهُما بالرِّبحِ، وهو مخالِفٌ لموضوعِ الشَّركةِ.

(وَكَذَا مُسَاقَاةٌ، ومُزَارَعَةٌ[(٣)]، وَمُضَارَبَةٌ) فيُعتَبرُ فيها تعيِينُ جزءٍ مشاعٍ معلومٍ للعامِلِ؛ كما تقدَّم[(٤)].

(وَالوَضِيعَةُ)، أي: الخُسرانُ (عَلَى قَدْرِ المَالين) بالحسابِ[(٥)]، سواءٌ

---

(١) وفي المغني ٧/ ١٤٦: (وإنَّما لم يصحَّ لمعنيين:

أحدهما: أنَّه إذا شرط دراهم معلومةً احتمل ألَّا يربح غيرها، فيحصل على جميع الرِّبح، واحتمل ألَّا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءًا، وقد يربح كثيرًا فيستضرُّ من شُرطت له الدَّراهم.

الثَّاني: أنَّ حصَّة العامل ينبغي أن تكون معلومةً بالأجزاء، لـمَّا تعذَّر كونها معلومةً بالقدر، فإذا جهلت الأجزاء فسدت، كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلومًا به).

(٢) وفي المغني ٧/ ١٤٦: (ولا نعلم في ذلك خلافًا).

(٣) فلا يصحَّان إن شرط العامل جزءًا مجهولًا، أو آصُعًا معلومةً، أو ثمرة شجرةٍ معيَّنةٍ، أو مجهولةٍ، أو زرع ناحية بعينها، ويأتي في باب المساقاة.

(٤) من أنَّه يشترط للشَّركة اشتراط ربحٍ مشاعٍ معلومٍ لكلٍّ من الشَّريكين فكذا هنا، وهو المقصود بها.

(٥) الوضيعة: الخسران في الشَّركة على كلٍّ واحدٍ منهما بقدر ماله، فإن كان متساويًا في القدر؛ فالخسران بينهما نصفين، وإن كان أثلاثًا؛ فالوضيعة أثلاثًا. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف: ١٤/ ٢٥].

وقال ابن قدامة في المغني ٧/ ١٤٥: (لا نعلم في ذلك خلافًا، وبه يقول

كانت لتَلَفٍ أو نُقصانٍ في الثمنِ أو غيرِ ذلك.

(وَلَا يُشْتَرَطُ خَلْطُ المَالَيْنِ)(١)؛ لأنَّ القصدَ الرِّبحُ، وهو لا يَتوقَّفُ على الخلطِ.

(وَلَا) يُشترطُ أيضًا (كَوْنُهُمَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ)(٢)، فتجوزُ إن أَخْرَج أحدُهُما

أبو حنيفة، والشَّافعيُّ، وغيرهما).

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول الجمهور؛ لما علَّل به المؤلِّف؛ ولأنَّ الشَّركة تشتمل على الوكالة، فما جاز التَّوكيل فيه؛ جازت الشَّركة فيه، والتَّوكيل جائزٌ في المالين قبل الخلط كذا الشَّركة؛ ولأنَّ مورد العقد العمل، والرِّبح نتيجته، والمال تبعٌ للعمل فلم يشترط خلطه.

وعند الشَّافعيَّة والظَّاهريَّة: يشترط خلط المالين لصحَّة الشَّركة؛ لأنَّ عقد الشَّركة يستوجب الاشتراك في الرِّبح وهو متوقِّفٌ على الخلط.

ونوقش: بعدم التَّسليم، بل الرِّبح متوقِّفٌ على العمل، وعلى هذا: فالأقرب قول الجمهور. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٦٠، مواهب الجليل ٥/ ١٢٥، شرح المنتهى ٢/ ٣٢٠، روضة الطَّالبين ٤/ ٢٧٧، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٤/ ٢٥، المحلَّى: ٨/ ٥٤٥].

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول الحنفيَّة؛ لأنَّهما من جنس الأثمان فصحَّت الشَّركة فيهما كالجنس الواحد.

وعند الشَّافعيَّة: يشترط الاتِّحاد في الجنس؛ بناءً على اشتراط خلط المالين، ولا يمكن إلَّا في المال الواحد، وتقدَّم عدم اشتراطه.

وعند المالكيَّة: يشترط التَّجانس إن كان رأس مال الشَّركة نقودًا ولا يشترط اتِّحاد الجنس فيما إذا كان رأس مال الشَّركة عروضًا، أو كان أحدهما نقودًا والآخر عروضًا أو طعامًا؛ لأنَّ الشَّركة عند المالكيَّة تتضمَّن معنى البيع، فإذا كان الصِّنفان ممَّا لا يجوز فيهما النَّساء مثل الشَّركة بالدَّنانير من عند أحدهما

دنانيرَ والآخَرُ دراهِمَ، فإذا اقْتَسَما رَجَع كلٌّ بمالِه، ثم اقتسما الفَضْلَ(١).

وما يَشتريه كلٌّ منهما بعدَ عقدِ الشَّركةِ فهو بينهما(٢).

وإن تَلِف أَحَدُ المالَينِ فهو مِن ضَمانِهِما(٣).

والدَّراهم من عند الآخر دخل في الشَّركة اجتماع البيع والصَّرف معًا وعدم التَّناجز، وهذا لا يجوز عند المالكيَّة. [انظر: المصادر السَّابقة، والمعاملات الماليَّة المعاصرة ١٤/١٣٨].

(١) أي: إذا اقتسم الشَّريكان بعد فسخ الشَّركة؛ رجع كلٌّ منهما بمثل ماله الَّذي جعله في الشَّركة ثمَّ اقتسما الفضل، وهو الرِّبح الحاصل بعد رأس مال الشَّركة.

(٢) إذا لم ينوه لنفسه؛ لأنَّ العقد وقع على ذلك، والقول قوله في ذلك.

(٣) لا يخلو من أمرين:

الأوَّل: أن يكون ذلك بعد خلط المال؛ فمن ضمانهما، قال في الإنصاف مع الشَّرح ١٤/ ٢٤: (فلا نزاع أنَّه من ضمانهما).

الثَّاني: أن يكون ذلك قبل خلط المال، فالمذهب أنَّه من ضمانهما؛ لأنَّ العقد اقتضى أن يكون المالان كالمال الواحد، فكذلك في الضَّمان كحال الخلطة.

وعند الحنفيَّة: قبل خلط المالين، إن كان بعد الشِّراء فمن ضمانهما، وإن كان قبل الشِّراء فمن ضمان صاحبه؛ لأنَّ تمام العقد يكون بالشِّراء.

وعند المالكيَّة: ما كان قبل الخلط فمن ضمان صاحبه، والخلط: يقصد به الخلط الحسِّيُّ، أو الحكميُّ، وذلك أن يكون المالان في حيازة أحد الشَّريكين. [انظر: المصادر السَّابقة].

والأقرب قول الحنابلة، لما علَّلوا به، والله أعلم.

ولكلٍّ منهما أن يَبيعَ، ويَشتريَ(١)، ....

(١) نقدًا؛ لأنَّ ذلك من عادة التُّجار.

وعند الحنفيَّة والمالكيَّة: أنَّ الشَّريك يملك البيع نسيئةً بدون إذن الشَّريك؛ لأنَّ من عادة التُّجار البيع نقدًا ونسيئةً.

وعند الشَّافعيَّة والحنابلة: لا بدَّ من إذن الشَّريك؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ من الشَّريكين وكيلٌ للآخر في نصيبه، فلا يملك إلَّا ما يملكه الوكيل.

ونوقش: بأنَّه قياسٌ مع الفارق؛ إذ الشَّركة قصد بها الرِّبح بخلاف الوكالة. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٦٨، الكافي لابن عبد البرِّ ٢/ ٤٨٧، الشَّرح الكبير للدَّردير وحاشيته ٣/ ٣٥٢، روضة الطَّالبين ٤/ ٢٨٣، مغني المحتاج ٢/ ٢١٤، الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٦١، المبدع ٥/ ١٠، الإنصاف ٥/ ٤١٦، تصرُّفات الأمين ١/ ١٤٤].

مسألةٌ: عند الحنفيَّة والحنابلة: أنَّ الشَّريك يملك الشِّراء نسيئةً إذا كان الثَّمن عنده، ولا يملكه إذا لم يكن الثَّمن عنده؛ لأنَّه إذا لم يكن الثَّمن عنده يكون مستدينًا على مال الشَّركة، ولا يملكه إلَّا بإذنٍ كالمضارب.

وعند المالكيَّة: أنَّ الشَّريك يملك الشِّراء نسيئةً مطلقًا؛ لأنَّه ممَّا يحتاج إليه فلا حاجة إلى الإذن. [انظر: المصادر السَّابقة].

مسألةٌ: ولا يملك الشَّريك البيع ولا الشِّراء بغبنٍ فاحشٍ عند جمهور أهل العلم؛ لأنَّ المقصود من الشَّركة الرِّبح، وهذا لا يحصل بالغبن الفاحش؛ فكان مستثنًى من العقد دلالةً.

وعند أبي حنيفة: يملك البيع بغبنٍ فاحشٍ؛ لأنَّه يطلق عليه اسم البيع.

ونوقش: بأنَّ هذا المطلق قُيِّدَ بالعرف، وعلى هذا: فالأقرب قول الجمهور. [انظر: المصادر السَّابقة].

مسألةٌ: عند جمهور أهل العلم، وهو المذهب، أنَّ للشَّريك البيع والشِّراء بالعرض؛ لأنَّ الشَّركة انعقدت للرِّبح على عادة التُّجَّار، والبيع والشِّراء من عادتهم.

ويَقبِضَ، ويُطالِبَ بالدَّيْنِ(١)، ....

وعند الشَّافعيَّة: لا يملكه الشَّريك إلَّا بالإذن، قياسًا على الوكيل إذ لا يملكه إلَّا بالإذن، وتقدَّم بيان الفرق بين الشَّركة والوكالة، وعلى هذا: فالأقرب قول الجمهور. [انظر: المصادر السَّابقة].

مسألةٌ: عند جمهور أهل العلم، وهو المذهب، أنَّ الشَّريك يملك الإقالة في بيع مال الشَّركة؛ لأنَّ الإقالة إمَّا أن تكون بيعًا أو فسخًا، فإن كانت بيعًا؛ فالشَّريك يملكه، وإن كانت فسخًا؛ فهو يملك الفسخ بالرَّدِّ بالعيب مع المصلحة، وكذلك الإقالة مع المصلحة.

وعن الإمام أحمد: أنَّ الشَّريك لا يملك الإقالة إلَّا بالإذن؛ لأنَّ الإقالة فسخٌ، فلا تدخل في الإذن بالتِّجارة فلا يملكها الشَّريك.

ونوقش: بعدم التَّسليم، كما تقدَّم في تعليل الجمهور. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) وهل للشَّريك إقراض مال الشَّركة؟

جمهور أهل العلم، وهو المذهب، لا يملك ذلك إلَّا بالإذن؛ لأنَّ القرض لا عوض له، فكان تبرُّعًا، والشَّريك لا يملكه إلَّا بالإذن.

وعند المالكيَّة: يملكه عند المصلحة، للمصلحة. [انظر: المصادر السَّابقة].

مسألةٌ: إذا أقرَّ أحد الشَّريكين بدينٍ على الشَّركة، فهل يَلزَم الشَّريكَ إقرارُه؟

المذهب، ومذهب الحنفيَّة، والمالكيَّة، والشَّافعيَّة: إقرار الشَّريك في شركة العنان لا يجوز على صاحبه، بخلاف شركة المفاوضة فقد ذهب الحنفيَّة، والمالكيَّة إلى أنَّ إقراره على شريكه نافذٌ بشرط ألَّا يكون متَّهمًا في إقراره؛ لأنَّ الإقرار من توابع التِّجارة، فلو لم يصحَّ إقراره لم يعامله أحدٌ، فلا بدَّ من قبول إقراره فيما هو من باب التِّجارة.

ويخاصِمَ فيه، ويُحِيلَ، ويحتالَ[(١)]، ويَردَّ بالعيبِ، ويَفعَلَ كلَّ ما هو مِن مَصلحةِ تجارتِهما[(٢)]، ....

وفي روايةٍ عند الحنابلة: يقبل إقرار أحد الشَّريكين بدَينٍ على المال قبل التَّفرقة بينهما. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٧٢، التَّاج والإكليل ٥/ ١٢٨، تحفة المحتاج ٥/ ٤٠٠، كشَّاف القناع ٣/ ٥٠٢].

(١) وهذا باتِّفاق الفقهاء: أنَّ الشَّريك له أن يحيل وأن يحتال؛ لأنَّ الحوالة من أعمال التِّجارة، والتَّاجر بحاجةٍ إليها؛ لاختلاف النَّاس بالملاءة والإفلاس. [انظر: المصادر السَّابقة].

مسألةٌ: عند أبي حنيفة، وهو المذهب، أنَّ الشَّريك يملك الرَّهن والارتهان عند الحاجة، بلا إذن الشَّريك؛ لأنَّ الرَّهن يراد للإبقاء، والارتهان يراد للاستيفاء ولكلٍّ من الشَّريكين الإيفاء والاستيفاء، فيملك ما يراد لهما.

وعند محمَّد بن الحسن من الحنفيَّة: أنَّ الشَّريك يملك الرَّهن والارتهان في شركة المفاوضة مطلقًا، ويملك ذلك في شركة العنان، إذا تولَّى البيع والشِّراء بنفسه، ولا يملكه إذا تولَّياه جميعًا، أو تولَّاه الشَّريك الآخر؛ لأنَّ الرَّهن إيفاءٌ، وكلُّ واحدٍ من الشَّريكين لا يملك أن يوفِّي دين الآخر من ماله إلَّا بأمره، والارتهان استيفاءٌ، وأحدهما لا يملك استيفاء ثمن ما عقده شريكه لنفسه، فلا يملك ارتهانه. [انظر: بدائع الصَّنائع: ٦/ ٧٠].

ونوقش: بأنَّ هذا مبنيٌّ على أنَّ حقوق العقد تختصُّ بالعاقد فقط، وهذا غير مسلَّمٍ، بل ترجع إلى كلٍّ من الشَّريكين، وعلى هذا فالأقرب القول الأوَّل.

وعند المالكيَّة: ليس له حقُّ الرَّهن والارتهان إلَّا بإذن شريكه؛ لأنَّه إذا كان الشَّريك في شركة العنان ممنوعًا من البيع إلَّا بموافقة شريكه فالرَّهن والارتهان من باب أَولى. [انظر: المغني ٧/ ١٣١، المبدع ٥/ ١١].

(٢) فالجمهور على أنَّ الشَّريك له أن يردَّ بالعيب ما اشتراه شريكه.

. . . .

وعند الحنفيَّة: الرَّدُّ بالعيب من حقوق العقد، وحقوق العقد تتعلَّق بالعاقد، فليس للشَّريك أن يردَّ بالعيب ما اشتراه شريكه.

وهل يملك الشَّريك توكيل غيره؟ جمهور أهل العلم، وهو المذهب، أنَّ الشَّريك لا يملك توكيل غيره على مال الشَّركة إلَّا بالإذن، إلَّا ما يعجز عنه، أو لا يليق به مباشرته؛ لأنَّ الشَّريك لم يرض بتصرُّف غير الشَّريك؛ فلا بدَّ من إذنه، ولأنَّه وكيلٌ على مال الشَّركة، فلا يملك التَّوكيل إلَّا فيما لا يتولَّاه بنفسه، كالوكيل.

وعند الحنفيَّة: أنَّ الشَّريك يملك توكيل غيره على مال الشَّركة مطلقًا؛ لأنَّ الشَّركة انعقدت للتِّجارة، والتَّوكيل من توابعها فيكون مأذونًا فيه. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٦٩، الكافي لابن عبد البرِّ ٢/ ٧٨٦، الشَّرح الصَّغير ٢/ ١٨٥، حلية العلماء ٥/ ١٢٠، روضة الطَّالبين ٤/ ٣١٣، الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٦٠، المغني ٧/ ١٣٠، المبدع ٥/ ١١، تصرُّفات الأمين ١/ ١٥٥].

مسألةٌ: عند جمهور أهل العلم، وهو المذهب، أنَّ الشَّريك لا يملك المشاركة بمال الشَّركة إلَّا بإذن شريكه؛ لأنَّ الدُّخول في مثل هذا العقد يتضمَّن إيجاب حقوقٍ في المال، وذهاب بعض الرِّبح للغير، فلا بدَّ من موافقة الشَّريك الآخر.

وعند المالكيَّة: أنَّ الشَّريك يملك المشاركة في مالٍ معيَّنٍ من مال الشَّركة بلا إذنٍ، ولا يملك المشاركة في غير المعيَّن إلَّا بالإذن؛ لأنَّ المشاركة بمالٍ معيَّنٍ تجارةٌ من التِّجارات فيملكه الشَّريك بعقد الشَّركة. [انظر: المصادر السَّابقة].

مسألةٌ: عند جمهور أهل العلم: أنَّ الشَّريك لا يملك المضاربة بمال الشَّركة إلَّا بإذن شريكه؛ لأنَّ مضاربة الشَّريك بمال الشَّركة تؤدِّي إلى إثبات حقوقٍ في المال فلا بدَّ من الإذن.

وعند الحنفيَّة: أنَّ الشَّريك يملك المضاربة مطلقًا؛ لأنَّ الشَّريك يملك

لا أن يُكاتِبَ رَقيقًا، أو يُزوِّجَه، أو يُعتِقَه(١)، أو يحابيَ(٢)، ....

استئجار من يعمل معه في الشَّركة، فلأن يملك الدَّفع مضاربةً أولى. [انظر: المصادر السَّابقة].

مسألةٌ: باتِّفاق الفقهاء يملك الشَّريك الاستئجار للشَّركة، وإجارة مالها؛ لأنَّ المقصود بالشَّركة التِّجارة والرِّبح، والإجارة من التِّجارة، إذ هي بيع منافع. [انظر: المصادر السَّابقة].

مسألةٌ: هل للشَّريك أن يبضع دون إذن شريكه؟

والإبضاع: هو أن يدفع المال لمن يشتري له بضاعةً متبرِّعًا.

فالمذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: ليس له أن يبضع إلَّا أن يأذن له الشَّريك.

وعند الحنفيَّة، وروايةٌ عند الحنابلة: للشَّريك أن يبضع دون إذن شريكه، وهو مذهب المالكيَّة في شركة المفاوضة.

لأنَّ الشَّريك إذا جاز له أن يستأجر من يتَّجر فيه بأجرةٍ فجوازه بغير أجرٍ من باب أَولى، ولأنَّ الإبضاع معتادٌ في عقد الشَّركة، ومن عادة التُّجار، وهو طريقٌ لحصول الرِّبح. [انظر: المبسوط ١١/١٠٨، التَّاج والإكليل ٥/١٢٨، أسنى المطالب ٢/٢٥٧، الإنصاف ٥/٤١٧، تصرُّفات الأمين ١/١٥٨].

(١) وهذا قول جمهور أهل العلم: أنَّ الشَّريك لا يملك تزويج العبد، ولا إعتاقه، ولا مكاتبته خلافًا لبعض الحنابلة؛ لأنَّ الشَّركة تنعقد على التِّجارة، والإعتاقُ والتَّزويج والكتابة ليس من التِّجارة. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٢) فلا يملك الشَّريك إعارة مال الشَّركة إلَّا بالإذن، وهذا قول جمهور أهل العلم، وهو المذهب؛ لأنَّ الإعارة تبرُّعٌ بمنافع مال الشَّركة، فلا يملكها إلَّا بالإذن.

وعند الحنفيَّة: أنَّ الشَّريك يملك إعارة مال الشَّركة بلا إذن الشَّريك؛ لأنَّها أمرٌ معتادٌ. [انظر: المصادر السَّابقة].

أو يَقترِضَ(١) على الشَّركةِ؛ إلا بإذنِ شريكِه.

مسألةٌ: وباتِّفاق الفقهاء: لا يملك الشَّريك التَّبرُّع من مال الشَّركة. [انظر: المصادر السَّابقة].

مسألةٌ: عند المالكيَّة والحنابلة: أنَّ الشَّريك يملك إيداع مال الشَّركة عند الحاجة بلا إذنٍ؛ لأنَّ الإيداع عند الحاجة من مصلحة الشَّركة، فلا حاجة إلى الإذن.

وعند الحنفيَّة والشَّافعيَّة: أنَّ الشَّريك يملك الإيداع مطلقًا؛ لأنَّ الشَّريك يملك الاستئجار لحفظ مال الشَّركة بعوضٍ فيملك الحفظ بلا عوضٍ.

ونوقش: بأنَّه يملكه مع الحاجة أما مع عدمها؛ فيقتضي حبس المال عن الاتِّجار. [انظر: المصادر السَّابقة].

مسألةٌ: وأجاز الفقهاء للشَّريك أن يستأجر من يعاونه في أعمال الشَّركة إذا كان لا يستطيع القيام بذلك وحده، كتحميل البضائع، وعلاج الدَّواب، وتركيب الآلات، وحفظ المال.

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفيَّة؛ لأنَّ مال الشَّركة عند الاستدانة يكون أكثر ممَّا رضي الشَّريك بالمشاركة فيه، فلا يملكه الشَّريك كما لو ضمَّ إليها شيئًا من ماله.

وعند بعض الحنابلة: أنَّ الشَّريك يملك الاستدانة مطلقًا؛ لأنَّ الاستدانة تمليك مال بمالٍ، فيملكها الشَّريك كالصَّرف. [انظر: المصادر السَّابقة].

مسألةٌ: المصحَّح عند الحنابلة: أنَّ للشَّريك السَّفر بمال الشَّركة، مع أمن الطَّريق، بلا إذنٍ، إذ إنَّ من عادة التُّجار التِّجارة سفرًا وحضرًا.

وعن أبي حنيفة، وهو قول المالكيَّة، أنَّ الشَّريك يملك السَّفر بمال الشَّركة مطلقًا؛ للإذن المطلق بالتَّصرُّف.

وعن أبي حنيفة، وهو قول الشَّافعيَّة، أنَّ الشَّريك لا يملك السَّفر بمال الشَّركة مطلقًا إلَّا بإذنٍ؛ لأنَّ السَّفر فيه خطرٌ، وتغريرٌ بالمال. [انظر: المصادر السَّابقة].

وعلى كلٍّ منهما أن يَتولَّى ما جَرَت العادةُ بتولِّيه، مِن نَشرِ ثوبٍ، وطيِّهِ، وإحرازِهِ، وقَبضِ النَّقدِ ونحوِه، فإن استأجر له فالأُجرةُ عليه.

  

مسألةٌ: مبطلات الشَّركة: تبطل الشَّركة عند العلماء بأمورٍ:

موت أحد الشُّركاء، وهذا باتِّفاق الفقهاء؛ لأنَّ حصَّته انتقلت بالوراثة إلى وارثه.

الحجر على أحد الشُّركاء لسفهٍ أو فَلَسٍ؛ لأنَّ الحجر على الموكِّل يترتَّب عليه عزل وكيله، فلا يصير باقي الشُّركاء وكلاء عنه في التَّصرُّف، وتقدَّم في باب الحجر أنَّ أبا حنيفة لا يرى الحجر.

خروج أحد الشَّريكين من الشَّركة بشرط عدم الضَّرر.

عزل أحد الشُّركاء من الشَّركة لسوء تصرُّفه، نصَّ عليه الشَّافعيَّة والحنابلة.

جنون أحد الشَّريكين جنونًا مطبِقًا، ولا يحكم بالبطلان عند الحنفيَّة إلَّا بمرور ما يصير به الجنون مطبقًا، ويقدِّره الحنفيَّة بشهرٍ، أو نصف حولٍ.

هلاك مال الشركة. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٣٨، ٧٨، بداية المجتهد ١/ ٢١١، الشَّرح الصَّغير ٣/ ٣٥٢، تكملة المجموع الثَّانية ١٣/ ٥٣٢، كشَّاف القناع ٣/ ٥٠٦، المحلَّى ٨/ ٢٧٨، المعاملات الماليَّة ١٥/ ١٣٥].

(فَصْلٌ)(١)

النوعُ (الثَّانِي: المُضَارَبَةُ)، مِن الضَّرْب في الأرضِ، ....

---

(١) في أحكام المضاربة، وقد دلَّ على جوازها الكتاب، قال تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾، وقال تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِي ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُواْ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾.

والآثار: فعن عبد الله وعبيد الله ابني عمر ﷺ: «أنَّهما لقيا أبا موسى الأشعريَّ بالبصرة منصرفهما من غزوة نهاوند، فتسلَّفا منه مالًا، وابتاعا منه متاعًا وقدما به المدينة، فباعاه وربحا فيه، وأراد عمر أخذ رأس المال والرِّبح كلِّه، فقالا: لو كان تلف كان ضمانه علينا، فكيف لا يكون ربحه لنا؟ فقال رجل: يا أمير المؤمنين؛ لو جعلته قراضًا، فقال: قد جعلته قراضًا، وأخذ منهما نصف الرِّبح»، رواه مالكٌ والشَّافعيُّ، وصحَّحه الحافظ كما في نيل الأوطار ٥/ ٣٠٠.

وعن حكيم بن حزامٍ ﷺ: «أنَّه كان يشترط على الرَّجل إذا أعطاه مالًا مقارضةً: ألَّا تجعل مالي في كبدٍ رطبةٍ، ولا تحمله في بحرٍ، ولا تنزل به بطن مسيلٍ، فإن فعلت شيئًا من ذلك؛ فقد ضمنت مالي» رواه الدَّارقطنيُّ، والبيهقيُّ، وقوَّى الحافظ إسناده كما في النَّيل: ٥/ ٣٠٠.

وورد العمل بالمقارضة عن عثمان ﷺ كما في الموطَّأ، وابن مسعودٍ في سنن البيهقيِّ، وجزم ابن حزمٍ في المحلَّى ٨/ ٢٨٦: (بوجود القراض في عهد النَّبيِّ ﷺ).

والإجماع: قال ابن رشدٍ في بداية المجتهد ٢/ ٢٣٦: (ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض، وأنَّه ممَّا كان في الجاهليَّة وأقرَّه الإسلام)، وكذلك نقل ابن المنذر في الإجماع ص ١٢٤، وابن قدامة في المغني ٧/ ١٣٢،

....

والشَّوكانيُّ في النَّيل: ٥/ ٣٠٠، ولأنَّ بالنَّاس حاجةً إليها فقد يجد الإنسان الدَّراهم، لكن لا يحسن العمل، وقد يحسن العمل، لكن لا يجد الدَّراهم، قال ابن القيِّم: (المضارب أمينٌ، وأجيرٌ، ووكيلٌ، وشريكٌ، فأمينٌ إذا قبض المال، وشريكٌ إذا ظهر الرِّبح، وأجيرٌ فيما يباشره من العمل). [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٥٠٨].

والمضاربة: من أنواع الشَّركة الخمسة، وهذه تسمية أهل العراق.

واختلف العلماء هل جواز عقد المضاربة على وفق القياس؟

القول الأوَّل: ذهب أكثر أهل العلماء إلى أنَّ عقد المضاربة على خلاف القياس، خارجٌ عن الأصل، ومستثنًى من المنع، فلا يقاس عليه غيره.

ونوقش: بأنَّ القول بأنَّ عقد المضاربة مستثنًى من الإجارة بعوضٍ مجهولٍ قولٌ ضعيفٌ؛ للفرق بين عقد الإجارة وعقد المضاربة، منها: أنَّ عقد الإجارة عقدٌ لازمٌ، وعقد المضاربة عقدٌ جائزٌ، وأيضًا: عقد الإجارة عقدٌ مؤقَّتٌ، وأمَّا عقد المضاربة يجوز الدُّخول فيه بلا توقيتٍ.

القول الثَّاني: ذهب ابن تيميَّة إلى أنَّ عقد المضاربة والمساقاة جاريان على وفق القياس، والرِّبح المستحقُّ ليس أجرةً للعامل، وإنَّما كسبٌ استحقَّه بعقد الشَّركة بينه وبين ربِّ المال؛ إذ لو كان أجرةً لاستحقَّ أجرة المثل مطلقًا في حال الرِّبح وفي حال الخسارة، فلمَّا كان نصيبه متوقِّفًا على وجود أرباحٍ دلَّ على أنَّ هذا من عقود الشَّركات وليس من عقود الإجارة. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٧٩، شرح ميَّارة ٢/ ١٢٨، الفواكه الدَّواني ٢/ ٩٨، مغني المحتاج ٢/ ٣١٩، مجموع الفتاوى ٢٠/ ٥٠٦].

مسألةٌ: انعقاد المضاربة بالمعاطاة:

المشهور من المذهب، وهو اختيار بعض الشَّافعيَّة: أنَّها تنعقد بقول

وهو السَّفرُ للتجارةِ(١)، قال تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزّمل: ٢٠](٢)، وتُسمى: قِراضًا، ومُعاملة(٣).

وهي(٤): دفعُ مالٍ(٥) معلومٍ(٦) (لِمُتَّجِرٍ)، أي: لمن يَتَّجِرُ (بِهِ بِبَعْضِ رِبْحِهِ)، أي: بجزءٍ مشاعٍ(٧) ....

أحدهما، ورضا الآخر بها، ولو لم يكن هناك لفظٌ، إذا توفَّرت القرينة على ذلك.

وهذه صورةٌ من صور المعاطاة: أن يكون اللَّفظ من أحدهما والمعاطاة من الآخر.

وعند الحنفيَّة، والشَّافعيَّة: يشترط أن يكون الإيجاب والقبول باللَّفظ الدَّالِّ عليه.

وعند المالكيَّة: تنعقد بالمعاطاة قياسًا على البيع. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) لـمَّا كان الرِّبح يحصل - في الغالب - بالسَّفر للتِّجارة.

(٢) أو من الضَّرب في المال، وهو التَّصرُّف فيه. [انظر: مقاييس اللُّغة: ٥/ ٧٢].

(٣) فأهل الحجاز يسمُّونها: قراضًا من القرض وهو القطع؛ لأنَّ المالك قطع للعامل قطعةً من ماله. [انظر: معجم متن اللُّغة: ٣/ ٥٣٩].

(٤) أي: في الشَّرع.

(٥) بما يؤدِّي معنى الدَّفع، وهل يشترط في المال أن يكون من الذَّهب أو الفضَّة؟ تقدَّم في أوَّل الشَّركة.

(٦) خرج المجهول، كصُبرة دراهم؛ إذ لا بدَّ من الرُّجوع إلى رأس المال عند الفسخ؛ ليُعلم الرِّبح.

(٧) كنصفٍ، وربعٍ، ونحو ذلك،فلو قال: لك ألفٌ والباقي لي، أو لك ربح

معلومٍ منه[١]، كما تقدَّم[٢]، فلو قال: خُذْ هذا المالَ مُضاربةً، ولم يَذكُرْ سَهمَ العاملِ؛ فالرِّبحُ كلُّه لربِّ المالِ، والوضيعةُ عليه، وللعامِلِ أجرةُ مِثلِه[٣].

إحدى السَّفرتين، ولي ربح السَّفر الآخر، أو لك ربح السَّيارات، ولي ربح الأرز لم يصحَّ، قال ابن قدامة في المغني ٥/ ٢٣: (ولا نعلم في هذا خلافًا)، قال ابن المنذر في الإجماع ١٢٤: (وأجمعوا على إبطال القراض الَّذي يشترط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومةً) لحديث رافع بن خديجٍ ﷺ في مسلمٍ (١٥٤٧): «إنَّما كان النَّاس يؤاجرون على عهد رسول الله ﷺ بما على الماذيانات، وأقبال الجداول، وأشياء من الزَّرع، فيهلك هذا، ويسلم هذا، ويسلم هذا، ويهلك هذا، ولم يكن للنَّاس كراءٌ إلَّا هذا، فلذلك زجر عنه، فأمَّا شيءٌ معلومٌ مضمونٌ، فلا بأس به».

(١) أي: من الرِّبح لا من رأس المال.

(٢) في أوَّل الشَّركة.

وقال ابن قدامة: (وإن قال: خذه مضاربةً، ولك جزءٌ من الرِّبح، أو شركةٌ في الرِّبح، أو شيءٌ من الرِّبح، أو نصيبٌ، أو حظٌّ، لم يصحَّ؛ لأنَّه مجهولٌ). [انظر: البحر الرَّائق ٧/ ٢٨٧، حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٦٢٤، تكملة المجموع ١٤/ ٢٠٠، كشَّاف القناع ٣/ ٥٠٩].

(٣) **إذا دفع المالك المال للعامل مقارضةً، ولم يذكر الرِّبح، فالقراض فاسدٌ، وهذا مذهب الحنفيَّة، والمالكيَّة، والشَّافعيَّة، والحنابلة.**

فقيل: له أجرة المثل ربح أم خسر، وهذا مذهب الحنفيَّة والشَّافعيَّة، والحنابلة.

وقيل: له قراض المثل، وهذا مذهب المالكيَّة.

وقيل: يصحُّ القراض، ويكون الرِّبح بينهما مناصفةً، وهو قول الحسن وابن سيرين والأوزاعيِّ؛ لأنَّ فالأصل تساويهما في الرِّبح.

وإن شَرَطَا جُزءًا مِن الرِّبحِ لعبدِ أحدِهِما، أو لعبدَيْهما؛ صحَّ وكان لسيِّدِه[١].

وإن شَرَطَاه للعامِلِ ولأجنبيٍّ معًا، ولو وَلَدِ أحدِهِما أو امرأتِه[٢]، وشَرَطَا عليه عَملًا مع العامِلِ؛ صحَّ[٣]، وكانَا عامِلَين، وإلا لم تصحَّ المضاربةُ[٤].

---

(١) لأنَّ العبد لا يملك، وماله لسيِّده.

(٢) أو قريبه، كأبيه وأخيه. [انظر: كشَّاف القناع: ٣/ ٥١١].

(٣) في كشَّاف القناع ٣/ ٥١١: (صحَّ الشَّرط، وكانا عاملين بمنزلة ما لو قال: اعملا في هذا المال، ولكلٍّ منكما كذا)، المذهب: أنَّ جعل الرِّبح كلَّه للعامل يفسد المضاربة وللعامل أجرة المثل؛ لأنَّه عمل على عوضٍ لم يسلَّم له، وإن لم يصرِّح بلفظ المضاربة، فإنَّه يكون قرضًا.

وإذا جعل لربِّ المال؛ فسدت المضاربة، ولا شيء للعامل؛ لأنَّه عمل متبرعًا، وإن لم يصرِّح بلفظ المضاربة فإنَّه يكون إبضاعًا.

وعند الحنفيَّة: اشتراط الرِّبح كلِّه للعامل يخرجه عن المضاربة إلى القرض، واشتراطه كلِّه للمالك يكون إبضاعًا.

وعند المالكيَّة: يجوز أن يشترط الرِّبح كلَّه للمالك، ويكون إبضاعًا، وإذا كان للعامل وسمِّي قراضًا فيأخذ حكم القرض من حيث استحقاق العامل للرِّبح، وحكم القراض، فلا يضمن المال ولا خسارته. [انظر: البحر الرَّائق ٧/ ٢٨٧، حاشية الدُّسوقي ٣/ ٦٢٤، تكملة المجموع ١٤/ ٢٠٠، كشَّاف القناع ٣/ ٥٠٩].

(٤) في كشَّاف القناع ٣/ ٥١١: (لأنَّه شرطٌ فاسدٌ يعود إلى الرِّبح، ففسد به العقد، كما لو شرط دراهم معلومةً).

إذا شرط أحد العاقدين في عقد المضاربة جزءًا من الرِّبح لأجنبيٍّ، سواءٌ كان هذا الأجنبيُّ شخصًا أو كان جهةً، فإن كان هذا الأجنبيُّ يساهم بنصيب من

(فَإِنْ قَالَ) ربُّ المالِ للعامِلِ: اتَّجر به (وَالرِّبْحُ بَيْنَنَا؛ فَنِصْفَانِ)[1]؛ لأنَّه أضافَهُ إليهما إضافةً واحدةً ولا مرجِّحَ، فاقتضى التسويةَ.

العمل فإنَّه يستحقُّ الرِّبح، ويصير الحال بمنزلة ما لو دفع المالك المال إلى عاملين.

وإن كان لا يساهم بأيِّ عملٍ من أعمال المضاربة، فهل يصحُّ هذا الشَّرط؟

المذهب، ومذهب الشَّافعية: الشَّرط فاسدٌ، والمضاربة فاسدةٌ؛ لأنَّ الشَّرط الفاسد يعود إلى العقد بالفساد، كما لو شرط دراهم معلومةً لأحدهما.

ونوقش: بأنَّ قياس التَّبرُّع على اشتراط دراهم معلومةٍ قياسٌ مع الفارق، فلا يصحُّ القياس.

وعند الحنفيَّة: المضاربة صحيحةٌ والشَّرط باطلٌ؛ لأنَّ الرِّبح إنَّما يستحقُّ بمالٍ، أو عملٍ، أو ضمانٍ، ولم يوجد شيءٌ من ذلك، لذا كان الشَّرط باطلًا، وأمَّا صحَّة العقد فلأنَّ البطلان لم يتطرَّق إلى ركن العقد.

ونوقش: بأنَّ الملك بعقد التَّبرُّع لا يشترط له مالٌ ولا عملٌ ولا ضمانٌ، فهو تبرُّعٌ محضٌ.

وعند المالكيَّة: المضاربة صحيحةٌ، والشَّرط صحيحٌ؛ لأنَّ العاقدين إذا تراضيا على إعطاء الرِّبح لشخصٍ ثالثٍ كان ذلك تبرُّعًا منهما، والعاقدان من أهل التَّبرُّع. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٤/ ٢٨٩، التَّاج والإكليل ٥/ ٣٦٣، روضة الطَّالبين ٥/ ١٢٢، كشَّاف القناع ٣/ ٥٠٨، المعاملات الماليَّة المعاصرة ١٤/ ٤٤١].

(١) ذهب جمهور العلماء من الحنفيَّة، والمالكيَّة، والحنابلة، وأصح الوجهين عند الشَّافعيَّة: أنَّ المضاربة صحيحةٌ، ويكون الرِّبح بينهما نصفين؛ لأنَّ مطلق الشَّركة يقتضي التَّسوية.

وعند الشَّافعيَّة في أحد الوجهين: لا تصحُّ المضاربة؛ لأنَّ اللَّفظ يحتمل المناصفة ويحتمل عدمها، فلا يكون الجزء معلومًا. [انظر: المصادر السَّابقة].

(وَإِنْ قَالَ): اتجر به (وَلِي) ثلاثةُ أرباعِهِ أو ثُلُثُه[١]، (أَوْ) قال: اتجر به و(لَكَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ أَوْ ثُلُثُهُ؛ صَحَّ)[٢]؛ لأنَّه متى عُلِمَ نصيبُ أحدِهما أَخَذَه، (وَالبَاقِي لِلآخَرِ)؛ لأنَّ الرِّبحَ مستحَقٌّ لهما، فإذا قُدِّرَ نصيبُ أحدِهما منه فالباقي للآخَرِ بمفهومِ اللَّفظِ[٣].

(١) وفي المغني ٧/ ٤٢: (وإن قال: ولي ثلث الرِّبح، ولم يذكر نصيب العامل؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصحُّ؛ لأنَّ العامل إنَّما يستحقُّ بالشَّرط، ولم يشترط له شيءٌ فتكون المضاربة فاسدةً.

والثَّاني: يصحُّ، ويكون الباقي للعامل، وهو قول أبي ثورٍ، وأصحاب الرَّأي؛ لأنَّ الرِّبح لا يستحقُّه غيرهما، فإذا قدر نصيب أحدهما منه؛ فالباقي للآخر).

(٢) والباقي لربِّ المال؛ لأنَّه يستحقُّ الرِّبح بماله، لكونه نماءه وفرعه، والعامل يأخذ بالشَّرط، فما شرط له استحقَّه، وما بقي؛ فلربِّ المال بحكم الأصل. [انظر: المصدر السَّابق].

(٣) كما علم أنَّ ثلثي الميراث للأب من قوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾. [انظر: المصدر السَّابق].

وإذا قال المالك: خذ هذا المال مضاربةً ولي ربح نصفه من غير تعيين، أو قال: لك ربح مائة درهمٍ غير معيَّنةٍ من رأس المال، فاختلف العلماء في صحَّة المضاربة على قولين:

القول الأوَّل: لا تصحُّ المضاربة إذا قال المالك: خذ هذه الدَّراهم ولك ربح نصفها، وهذا مذهب الجمهور؛ لأنَّه شرط لأحدهما ربح بعض المال دون بعضٍ، وكذلك جعل الآخر، فلم يجز، كما لو قال: لك ربح هذه الخمسمائة؛ ولأنَّه يمكن أن يفرد نصف المال فيربح فيه دون النِّصف الآخر، بخلاف نصف الرِّبح فإنَّه لا يؤدِّي إلى انفراده بربح شيءٍ من المال.

(وَإِنِ اخْتَلَفَا لِمَن) الجزءُ (المَشْرُوطُ فَـ) هو (لِعَامِلٍ)[١]، قليلًا كان أو كثيرًا؛ لأنَّه يَستحِقُّه بالعملِ، وهو يَقِلُّ ويَكثُرُ[٢]، وإنما تَتقدَّرُ حصَّتُه بالشرطِ، بخلافِ ربِّ المالِ فإنه يَستحِقُّهُ بمالِه ويحلِفُ مدَّعيه[٣].

وإن اختلفا في قَدْرِ الجزءِ بعدَ الرِّبحِ؛ فقولُ مالكٍ بيمينِهِ[٤].

القول الثَّاني: تصحُّ المضاربة، وهو مذهب الحنفيَّة؛ لأنَّ الرِّبح في هذه الحال في معنى اشتراط جزءٍ شائعٍ من الرِّبح، فإذا قال له: ربح نصف المال بمنزلة قوله: لك نصف الرِّبح. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) إذا وقع خلافٌ بين العامل وربِّ المال في الجزء المشروط من الرِّبح؛ فالمذهب: أن القول قول العامل، وإن اختلفا في قدر الجزء بعد الربح؛ فقول المالك.

وهو عند الحنفيَّة: أنَّ القول قول ربِّ المال مع يمينه؛ لأنَّ ربَّ المال متمسِّكٌ بالأصل، وهو عدم الجزء الزَّائد في الرِّبح.

وعند المالكيَّة، وروايةٌ عن الإمام أحمد، أنَّ القول قول العامل إذا ادَّعى أجرة المثل مع يمينه، وإلَّا ردَّ إلى قراض مثله؛ لأنَّ العامل مؤتمنٌ، والظَّاهر صدقه.

وعند الشَّافعيَّة: أنَّهما يتحالفان؛ قياسًا على المتبايعين إذا اختلفا في قدر الثَّمن. [انظر: المبسوط ٢٢/ ٩١، المدوَّنة ٤/ ٤٩، الذَّخيرة ٦/ ٤٣، الحاوي للماورديِّ ٩/ ١٥٢، المهذَّب ١/ ٣٨٩، مطالب أُولي النُّهى ٣/ ٥٤١].

(٢) فقد يشترط له جزءٌ يسيرٌ، لسهولة العمل، وقد يشرط له جزءٌ كثيرٌ لصعوبته، وقد يختلف باختلاف العاملين في الحذق وعدمه.

(٣) في كشَّاف القناع ٣/ ٥١٠: (لأنَّه يحتمل خلاف ما قاله، فيجب لنفي الاحتمال).

(٤) بأن قال العامل: شرطت لي النِّصف، وقال المالك: الثُّلث؛ قُدِّم قوله؛

(وَكَذَا مُسَاقَاةٌ وَمُزَارَعَةٌ) إذا اختلفا في الجزءِ المشروطِ أو قدرِه؛ لما تقدَّم(١).

ومضارَبةٌ كشركةِ عِنانٍ فيما تقدَّم(٢)، وإن فَسَدت فالرِّبحُ لربِّ المالِ، ..

لأنَّه منكرٌ للزِّيادة، فإن أقام كلٌّ منهما بيِّنةً، قدِّمت بيِّنة العامل. [انظر: المصدر السَّابق].

(١) في المضاربة قياسًا عليها؛ لأنَّ العامل في كلٍّ منهما إنَّما يستحقُّ بالعمل. [انظر: المصدر السَّابق].

(٢) في كشَّاف القناع ٣/ ٥١١: (وحكم المضاربة حكم الشَّركة فيما للعامل أن يفعله من البيع والشِّراء، أو القبض والإقباض، وغيرها، أو لا يفعله كالقرض، وكتابة الرَّقيق، وتزويجه، ونحوه، وفيما يلزمه فعله؛ كنشر الثَّوب وطيِّه، وختم الكيس، والإحراز، ونحوه، وفي الشُّروط صحيحةً كانت أو فاسدةً؛ لأنَّ كلَّ ما جاز في إحداهما؛ جاز في الأخرى؛ لاشتراكهما في التَّصرُّف بالإذن، وكذا المنع)، وكذلك ما يتعلَّق باشتراط كون رأس المال من النَّقدين المضروبين، وتقدَّم أنَّه يصحُّ أن يكون من الفلوس، والعروض، وأن يكون دَينًا، وغائبًا، ومعيَّنًا، ومعلومًا، وكذا إيداع المال، والسَّفر به، وتوكيل غيره.

والضَّابط: (**المرجع في تصرُّفات الشَّريك أنَّ كلَّ ما يتضمَّنه العقد، أو الإذن العرفيُّ، أو مصلحة الشَّركة**).

قال ابن قدامة: (**ما جرت العادة أن يستنيب فيه فله أن يستأجر من يفعله**).

فرعٌ: دفع العامل مال المضاربة إلى مضاربٍ جديدٍ

قال ابن قدامة: (الإذن إذا اختصَّ بشيءٍ لم يتجاوزه).

إذا رغب العامل في أن يدفع المال، أو جزءًا منه إلى مضاربٍ آخر:

اتَّفقوا على أنَّ العامل لا يملك ذلك بمطلق العقد، وعند جمهور أهل العلم يملكه بالإذن.

....

مسألةٌ: اعتبار تسليم المال للعامل شرطًا في صحَّة المضاربة على قولين:

القول الأوَّل: لا يصحُّ القراض إلَّا إذا تسلَّم العامل مال المضاربة، وهذا مذهب الحنفيَّة، والمالكية، والشَّافعيَّة، واختاره بعض الحنابلة.

لأنَّ المضاربة فيها معنى الإجارة؛ لأنَّ ما يأخذه مقابلٌ بعمله، والمال محلُّ العمل، فيجب تسليمه كالإجارة الحقيقيَّة.

ولأنَّه إذا لم يكن المال بيد العامل فإنَّ ذلك يخرج القراض عن أن يكون قراضًا، ويجعله إجارةً مجهولة العوض.

ولأنَّ المال أمانةٌ في يده فلا يتمُّ إلَّا بالتَّسليم كالوديعة.

القول الثَّاني: تسليم مال المضاربة ليس بشرطٍ، وهو مذهب الحنابلة؛ لأنَّ مورد العقد في عقد المضاربة هو العمل في مال المالك، وهذا يقتضي إطلاق التَّصرُّف في مال غيره بجزءٍ مشاعٍ من ربحه، هذا حاصلٌ مع التَّسليم وبدونه. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٨٤، المدوَّنة ٥/ ١١٢، مغني المحتاج ٢/ ٣١٠، مطالب أُولي النُّهى ٣/ ٥١٤، المبدع ٥/ ٢٣، المعاملات الماليَّة المعاصرة ١٤/ ٤٠١].

مسألةٌ: ذهب الأئمَّة الأربعة إلى أنَّ العامل لا يشتري بأكثر من مال المضاربة؛ لأنَّ شراء العامل مبنيٌّ على الإذن بالتَّصرُّف، والشِّراء بأكثر من رأس مال المضاربة لم يدخل في الإذن الممنوح للعامل.

فإن فعل واشترى بالدَّين: فإن كان بغير إذنٍ صريحٍ من ربِّ المال فقد اختلف العلماء في حكم هذا التَّصرُّف على ثلاثة أقوالٍ:

القول الأوَّل: الشِّراء صحيحٌ، ويكون دَينًا على المضارب في ماله، له ربحه، وعليه خسارته، وهذا مذهب الحنفيَّة.

القول الثَّاني: إن لم يرض ربُّ المال بما فعله، فإن كانت السِّلعة متعيِّنةً متميِّزةً فالعامل يستقلُّ بربحها، وعليه خسارتها؛ لأنَّها مال العامل.

. . . .

وإن كانت مختلطةً غير متميِّزةٍ كما لو اشترى سلعةً بصفقةٍ واحدةٍ بأكثر من رأس المال فإنَّ العامل يكون شريكًا، فإن كان اشترى السِّلعة بثمنٍ مؤجَّلٍ قوِّمت حالَّةً وكان شريكًا، لصاحب المال بقدر قيمتها حالَّةً، وهذا مذهب المالكيَّة.

القول الثَّالث: إن اشترى العامل بعين مال المضاربة، كأن يكون رأس مال المضاربة ألفًا، فاشترى سلعةً بألفٍ، وقبل أن ينقد المال اشترى سلعةً أخرى بنفس الألف، فالبيع باطلٌ؛ لأنَّ الثَّمن كان مستحقًّا، وإن اشترى السِّلعة الثَّانية في ذمَّته كان له ربحه، وعليه خسارته، وهذا مذهب الشَّافعيَّة والحنابلة.

* فإن أذن صاحب المال للعامل في الاستدانة:

اتَّفقوا على أنَّ العامل لا يملك ذلك بمطلق العقد، ومن باب أولى لا يملكه إذا تضمَّن العقد منعًا صريحًا من فعل ذلك؛ ولأنَّ تصرُّف المضارب مبنيٌّ على إذن صاحب المال، فإذا لم يأذن ربُّ المال للعامل أن يدفع ماله إلى غيره لم يملك ذلك بمطلق العقد.

واختلفوا في جواز ذلك إذا تضمَّن العقد الإذن الصَّريح على قولين:

القول الأوَّل: ذهب الجمهور إلى أنَّ له فعل ذلك، وهو أحد القولين في مذهب الشَّافعيَّة؛ لأنَّ الحقَّ لربِّ المال وقد أذن له في ذلك، وكما يجوز للمالك أن يقارض شخصين في الابتداء فكذلك هنا.

القول الثَّاني: لا يصحُّ، ولو أذن له ربُّ المال، وهو أصحُّ القولين في مذهب الشَّافعيَّة.

وهذا الخلاف في حالة الإذن الصَّريح، أمَّا إذا قال ربُّ المال للعامل: اعمل فيه برأيك، ولم ينصَّ صراحةً على الإذن بدفع المال إلى مضاربٍ آخر:

فالمشهور من المذهب، ومذهب الحنفيَّة، له أن يدفع المال إلى مضاربٍ آخر بالتَّفويض العامِّ.

وعند المالكيَّة، والشَّافعيَّة: لا يكفي التَّفويض بل لا بدَّ من الإذن الصَّريح؛

وللعامِلِ أجرةُ مثلِه[(١)]، ....

لأنَّ قوله: اعمل فيه برأيك يقتضي أن يكون عمله فيه موكولًا إلى رأيه، فإذا دفع العامل المال إلى غيره ليضارب به كان العمل لرأي غيره وليس لرأيه. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٩٢، مِنَح الجليل ٧/ ٣٥٥، الحاوي الكبير ٧/ ٣٥٠، كشَّاف القناع ٣/ ٥٠٢، المعاملات الماليَّة المعاصرة ١٤/ ٤٠٨، المصادر السَّابقة].

فرعٌ: يتقيَّد العامل بما قيِّد به من سلعةٍ، أو زمانٍ أو مكانٍ، أو تصرُّفٍ.

قال ابن المنذر في الإشراف ٦/ ٢١٧: (أجمع كلُّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أنَّ ربَّ المال إذا نهى العامل أن يبيع نسيئةً، فخالف، وباع بالنَّسيئة أنَّه ضامنٌ).

(١) إذا فسدت المضاربة فإنَّ ربح رأس المال يكون لربِّه؛ لأنَّه نماء ماله، والخسارة عليه كذلك، واختلفوا في حقِّ العامل على ثلاثة أقوالٍ:

القول الأوَّل: ذهب محمَّد بن الحسن من الحنفيَّة، والشَّافعيَّة، والحنابلة: أنَّ العامل يستحقُّ أجرة المثل مطلقًا، ربح المال أو لم يربح؛ لأنَّ العامل في هذا العقد الفاسد أصبح أجيرًا، وليس مضاربًا، والأجير إذا لم تكن الأجرة مسمَّاةً فإنَّه يستحقُّ أجرة المثل.

القول الثَّاني: ذهب أبو يوسف من الحنفيَّة، وهو قولٌ في مذهب الشَّافعيَّة: أنَّ العامل له أجرة المثل بشرط أن يربح، فإن لم يربح لم يستحقَّ شيئًا؛ لأنَّ العقد الفاسد ليس فوق العقد الصَّحيح، فإذا كان العقد الصَّحيح لا يستحقُّ العامل شيئًا مع عدم الرِّبح فكذلك القراض الفاسد لا يستحقُّ شيئًا عند عدم الرِّبح.

القول الثَّالث: أنَّ للعامل قراض المثل مطلقًا، وهو روايةٌ في مذهب المالكيَّة؛ لأنَّ الأصول موضوعةٌ على أنَّ كلَّ عقدٍ فاسدٍ مردودٌ إلى صحيحه كالنِّكاح والبيع والإجارة، فكذلك القراض، وهو الأقرب.

والرِّواية الثَّانية: أنَّ للعامل أجرة المثل مطلقًا؛ لأنَّه لـمَّا فسد العقد بطل

وتصحُّ مؤقتةً[١] ومُعلقةً[٢].

(وَلَا يُضَارِبُ) العامِلُ (بِمَالٍ لِآخَرَ إِنْ أَضَرَّ الأَوَّلَ وَلَمْ يَرْضَ)[٣]؛ .....

المسمَّى، فوجب الرُّجوع إلى أجرة المثل قياسًا على الإجارة الفاسدة. [انظر: حاشية ابن عابدين ٥/ ٦٤٦، المقدِّمات الممهِّدات ٣/ ١٢، نهاية المحتاج ٥/ ٢٣١، مطالب أولي النُّهى ٣/ ٥١٨، المعاملات الماليَّة المعاصرة ١٤/ ٤١٣].

وعند شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص ١٤٧: (في الرِّبح الحاصل من مالٍ لم يأذن مالكه في التِّجارة به: أنَّ الأصحَّ أنَّه يكون بينهما على قدر النَّفعين بمعرفة أهل الخبرة، وبه حكم عمر؛ إلَّا أن يتَّجر على غير وجه العدوان، مثل أن يعتقد أنَّه مال نفسه فتبيَّن له أنه مال غيره، فهنا يقتسمان الرِّبح بلا ريبٍ).

(١) في كشَّاف القناع ٣/ ٥١٢: (بأن يقول ربُّ المال: ضاربتك على هذه الدَّراهم سنةً، فإذا مضت السَّنة؛ فلا تبع ولا تشتر؛ لأنَّه تصرُّفٌ يتوقَّت بنوعٍ من المتاع فجاز توقيته بالزَّمان؛ كالوكالة). فيصحُّ توقيت الشَّركة بوقتٍ معيَّنٍ، وهو أصحُّ القولين في مذهب الحنفيَّة، والمذهب عند الحنابلة؛ لأنَّ الأصل الحلُّ.

وعند المالكيَّة والشَّافعيَّة: لا يصحُّ توقيت الشَّركة.

(٢) كإذا جاء رأس الشُّهر، فضارِبْ بهذا المال على كذا، أو إذا قبضت مالي من زيدٍ فهو معك مضاربةً؛ لأنَّه إذنٌ في التَّصرُّف، فجاز تعليقه على شرطٍ مستقبلٍ.

(٣) قال ابن قدامة في المغني ٧/ ١٦٠: (فإن كان فيه ضررٌ على الأوَّل ولم يأذن، مثل أن يكون المال كثيرًا يستوعب زمانه فيشغله عن التِّجارة في الأوَّل، أو يكون المال كثيرًا متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرُّفاته لم يجز، وهذا هو المذهب؛ لما علَّل به المؤلف، وقال أكثر الفقهاء: يجوز؛ لأنَّه عقدٌ لا يملك به منافعه كلها فلم يمنع المضاربة، كما لو لم يكن فيه ضررٌ، وكالأجير المشترك). اهـ.

لأنَّها تَنعقِدُ على الحظِّ والنَّماءِ، فلم يجزْ له أن يَفعَلَ ما يَمنَعُهُ، وإن لم يَكُن فيها ضررٌ على الأَوَّل، أو أَذِن؛ جاز[١].

(فَإِنْ فَعَلَ)؛ بأن ضارَب لآخَرَ مع ضَررِ الأَوَّل بغيرِ إذنِه؛ (رَدَّ حِصَّتَهُ) مِن رِبحِ الثانيةِ (فِي الشَّرِكَةِ)[٢] الأُولى؛ لأنَّه اسْتَحَقَّ ذلك بالمنفعةِ التي استُحِقَّت بالعقدِ الأَوَّلِ.

ولا نفقةَ لعاملٍ إلا بشرطٍ[٣].

---

(١) قال ابن قدامة في المغني ٧/ ١٦٠: (بغير خلافٍ علمناه).

(٢) وهذا هو المذهب؛ لما علَّل به المؤلف.

وقال ابن قدامة كما في المغني ٧/ ١٦٠: (والنَّظر يقتضي ألَّا يستحقَّ ربُّ المضاربة الأولى من ربح الثَّانية شيئًا؛ لأنَّه إنَّما يستحقُّ بمالٍ، أو عملٍ، ولم يوجد واحدٌ منهما).

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٤/ ٩٨: (قال ابن رزينٍ في شرحه: والقياس أنَّ ربَّ الأولى ليس له شيءٌ من ربح الثَّانية؛ لأنَّه لا عمل له فيها، ولا مال، واختاره الشَّيخ تقيُّ الدِّين، قال في الفائق: وهو المختار).

(٣) وهذا هو المذهب؛ لأنَّ نفقة المضارب تختصُّ به فكانت عليه كنفقة زوجته، ولأنَّ المضارب دخل على أنَّ له جزءًا مسمًّى فلم يستحقَّ غيره.

وله النَّفقة بالشَّرط: لحديث أبي هريرة مرفوعًا: «المسلمون على شروطهم»، وعند شيخ الإسلام: له النَّفقة بالشَّرط أو العادة؛ لأنَّ الشَّرط العرفيَّ كالشَّرط اللَّفظيِّ.

وعند الحنفيَّة، والمالكيَّة: أنَّ المضارب يستحقُّ النَّفقة في السَّفر دون الحضر؛ لأنَّ النَّفقة إنَّما تجب مقابل الاحتباس كنفقة القاضي والمرأة، والمضارب ليس محبوسًا بالمضاربة في الحضر بخلاف السَّفر؛ ولأنَّ الرِّبح يحتمل الوجود والعدم، والعاقل لا يسافر بمال غيره لفائدةٍ تحتمل الوجود

. . . .

والعدم، مع تعجيل النَّفقة من ماله، فلو لم تجعل له النَّفقة؛ لامتنع النَّاس من قبول المضاربات، مع مسيس الحاجة إليها.

وعند الشَّافعية، وابن حزمٍ: أنَّ المضارب لا يستحقُّ النَّفقة مطلقًا؛ لما استدلَّ به الحنابلة من عدم استحقاق النَّفقة بلا شرطٍ.

واستدلَّ ابن حزمٍ: بأنَّ النَّفقة للمضارب: إن كانت بشرطٍ؛ فهو شرطٌ ليس في كتاب الله، وإن كانت بغير شرطٍ؛ فأكلٌ لأموال النَّاس بالباطل.

ونوقش: بعدم التَّسليم، بل هو شرطٌ في كتاب الله كما تقدَّم في حديث أبي هريرة. [انظر: المبسوط ٢٢/ ٦٢، الإشراف ٢/ ٦٠، الفواكه الدَّواني: ٢/ ١٧٦، مختصر المزنيِّ ٨/ ٢٢١، حلية العلماء ٥/ ٣٣٩، الفروع: ٣/ ٤٨٤، قواعد ابن رجبٍ ص ١٣٣، مطالب أُولي النُّهى ٣/ ٥٢٨، مجموع الفتاوى ٣٠/ ٩٠، الاختيارات ص ١٤٥].

قال شيخ الإسلام كما في المجموع ٣٠/ ٩٠: (وحيث كانت له النَّفقة؛ فليس له النَّفقة إلَّا بالمعروف، وأمَّا البسط الخارج عن المعروف؛ فيكون محسوبًا عليه)، وهو قول الجمهور من الحنفيَّة، والمالكيَّة، والحنابلة، لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ فكذلك نفقة المضارب في مال المضاربة. [انظر: المصادر السَّابقة].

والمذهب، وهو اختيار شيخ الإسلام: أنَّ الكسوة تدخل في النَّفقة، فيستحقُّها المضارب عند مطلق شرط النَّفقة؛ لدخول الكسوة في النَّفقة عند الإطلاق، وعند الإمام مالكٍ: أنَّ الكسوة يستحقُّها المضارب مع بعد السَّفر، دون قربه؛ لأنَّ الكسوة يحتاج إليها بعد طول المدَّة، وهذا في السَّفر الطَّويل. [انظر: المصادر السَّابقة مع المنتقى شرح الموطَّأ: ٥/ ١٧٢].

وعند الحنفيَّة والمالكيَّة: لا يدخل علاج المضارب في النَّفقة؛ لأنَّه غير

(وَلَا يُقْسَمُ) الرِّبحُ (مَعَ بَقَاءِ العَقْدِ) أي: المضاربةِ (إِلَّا بِاتِّفَاقِهِمَا)[(١)]؛ لأنَّ الحقَّ لا يخرجُ عنهما، والرِّبحُ وِقايةٌ لرأسِ المالِ[(٢)].

(وَإِنْ تَلِفَ رَأْسُ المَالِ، أَوْ) تَلِف (بَعْضُهُ) قبلَ التصرُّفِ؛ انفسخت فيه المضاربةُ[(٣)]؛ كالتالِفِ قبلَ القبضِ.

وإن تَلِف (بَعْدَ التَّصَرُّفِ) جُبِرَ مِن الرِّبحِ[(٤)]؛ لأنَّه دارَ في التجارةِ، وشَرَع فيما قُصِد بالعقدِ مِن التَّصرفاتِ المؤديةِ إلى الرِّبحِ[(٥)]، (أَوْ خَسِرَ) في إحدى سِلعتَيْن، أو سَفرتَيْن؛ (جُبِرَ) ذلك (مِنَ الرِّبْحِ)، أي: وَجَب جَبْرُ الخُسرانِ مِن الرِّبحِ، ولم يَستحِقَّ العامِلُ شيئًا إلا بعدَ كمالِ رأسِ المالِ؛ لأنها مضاربةٌ

معتادٍ فلا يدخل في النَّفقة.

وعن أبي حنيفة: يدخل في النَّفقة؛ لأنَّ المضارب لا يتمكَّن من الاستمرار في المضاربة إلَّا بالعلاج، فيصير كالأكل والشُّرب. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ١٠٦، المنتقى ٥/ ٧٢].

(١) وصرَّح في الإقناع والمنتهى بالتَّحريم. [انظر: كشَّاف القناع: ٣٤/ ٥١٩].

(٢) في كشَّاف القناع ٣/ ٥١٩: (لأنَّه مع امتناع ربِّ المال وقاية لرأس ماله؛ لأنَّه لا يأمن الخسران، فيجبره بالرِّبح، ومع امتناع العامل؛ لا يأمن أن يلزمه ردُّ ما أخذ في وقتٍ لا يقدر عليه، فلا يجبر واحدٌ منهما).

(٣) وفي الإنصاف مع الشَّرح ١٤/ ١١٨: (وإن تلف بعض رأس المال قبل التَّصرُّف فيه؛ انفسخت فيه المضاربة بلا نزاعٍ أعلمه، وكان رأس المال الباقي خاصَّةً).

(٤) جبرت الوضيعة من ربح باقيه قبل القسمة.

(٥) ولا شيء للعامل إلَّا بعد كمال رأس المال.

واحدةٌ[١]، (قَبْلَ قِسْمَتِهِ) ناضًّا[٢]، (أَوْ تَنْضِيضِهِ) مع محاسبتِهِ، فإذا احتسبَا وعَلِمَا مالهُما لم يجبر الخسرانُ بعدَ ذلك مما قبلَهُ[٣]؛ تَنزيلًا للتَّنْضِيضِ مع المحاسبةِ مَنزِلةَ المُقاسَمةِ[٤].

---

(١) في الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٤/ ١٢١: (ومهما بقي العقد على رأس المال؛ وجب جبرانه من الرِّبح، وإن اقتسما الرِّبح، قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يُسأل عن المضارب يربح ويضع مرارًا؟ فقال: يردُّ الوضيعة على الرِّبح، إلَّا أن يقبض المال صاحبه ثمَّ يردُّه إليه فيقول: اعمل به ثانيةً، فما ربح بعد ذلك؛ لا يجبر به وضيعة الأوَّل، فهذا ليس في نفسي منه شيءٌ، وأمَّا ما لم يدفع إليه فحتَّى يحتسبا حسابًا كالقبض، كما قال ابن سيرين) اهـ.

وقال ابن قدامة في المغني ٧/ ١٦٨: (ومتى كان في المال خسرانٌ وربحٌ؛ جبرت الوضيعة من الرِّبح سواءٌ كان الخسران والرِّبح في مرَّةٍ واحدةٍ، أو الخسران في صفقةٍ، والرِّبح في أخرى، أو أحدهما في سفرةٍ والآخر في أخرى؛ لأنَّ معنى الرِّبح هو الفاضل عن رأس المال، وما لم يفضل فليس بربحٍ، لا نعلم فيه هذا خلافًا).

(٢) في المصباح ٢/ ٦١٠: (وقال ابن القوطيَّة: نضَّ الشَّيء حصل، والنَّاضُّ من الماء: ما لَه مادَّةٌ وبقاءٌ، وأهل الحجاز يسمُّون الدَّراهم والدَّنانير نضًّا وناضًّا، قال أبو عبيدٍ: إنَّما يسمُّونه ناضًّا إذا تحوَّل عينًا بعد أن كان متاعًا).

(٣) فهذا الحساب الَّذي هو كالقبض تكون المضاربة بعده ابتداءً مضاربةً ثانيةً، كما لو قبضها منه، ثمَّ ردَّها إليه.

(٤) والمقاسمة لا يجبر الخسران بعدها ممَّا قبلها.

والمذهب: أنَّ المضارب يملك حصَّته من الرِّبح بظهور الرِّبح، كما يملك المساقي نصيبه من الرِّبح بظهور الثَّمرة، ولأنَّ المضارب يملك المطالبة بالقسمة، فكان مالكًا كأحد شريكي العنان.

وإن انفسخ العقدُ والمالُ عَرْضٌ أو دَيْن، فَطَلَب ربُّ المالِ تَنضيضَه؛ لَزِم العامِلَ[(١)].

وعند الجمهور: أنَّ المضارب لا يملك نصيبه إلَّا بالقسمة؛ لأنَّ الرِّبح زيادةٌ، والزِّيادة لا تكون إلَّا بعد سلامة الأصل.

ونوقش: بأنَّ ملك المضارب للرِّبح بالظُّهور لا يمنع من جبران الأصل بالرِّبح. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ١٠٧، الإشراف ٢/ ٦٠، المهذَّب ١/ ٣٩٤، حلية العلماء ٥/ ٣٤١، المبدع ٥/ ٣١، الإنصاف ٤/ ٤٤٥].

وثمرة الخلاف: لو أنَّ عامل المضاربة اقتسم الرِّبح بعد تنضيض رأس المال، ولم يستلم ربُّ المال رأس المال:

فعلى قول الجمهور بأنه: لا يملك الرِّبح بالظُّهور، لو خسر المال يكون ما قبضه ربُّ المال من رأس المال، وليس من الرِّبح.

وعلى القول: بأنَّ المحاسبة بعد تنضيض المال يملك بها الرِّبح، فإنَّ العاقدين إذا أبقيا المضاربة فهي مضاربةٌ ثانيةٌ، لا يجبر بها وضيعة الأوَّل.

وروى ابن أبي شيبة عن ابن سيرين في المضارب إذا ربح، ثمَّ وضع، ثمَّ ربح، قال: (الحساب على رأس المال الأوَّل، إلَّا أن يكون ذلك قبضًا للمال، أو حسابًا كالقبض).

فجعل المحاسبة كالقبض، ولو لم تحصل قسمةٌ.

(١) **إذا اتَّفق العامل وربُّ المال على الفسخ انفسخت المضاربة؛ لأنَّ الحقَّ لهما ولا يعدوهما.**

وإن كان المال عرضًا فاتَّفقا على بيعه، أو قسمه بالقيمة جاز.

وإن أراد أحدهما الفسخ وامتنع الآخر: فذهب الجمهور: أنَّ لكلٍّ واحدٍ منهما فسخه متى شاء، تصرَّف العامل في المال أو لم يتصرَّف، إلَّا أنَّ الحنفيَّة اشترطوا علم صاحبه بالفسخ، وأن يكون رأس المال عينًا وقت الفسخ دراهم أو دنانير.

....

وذهب المالكيَّة: أنَّ لكلِّ واحدٍ منهما فسخه قبل الشُّروع في العمل.

وإذا شرع في العمل أو طعن في السَّفر فليس لأحدٍ منهما فسخه، بل يكون لازمًا من الطَّرفين، ولا يفسخ إلَّا باتِّفاقهما أو بنضوض المال.

في كشَّاف القناع ٣/ ٥٢١: (وإن انفسخ القراض والمال عرضٌ، فرضي ربُّ المال أن يأخذ بماله من العرض؛ فله ذلك، فيقوم العرض عليه، ويدفع حصَّة العامل... إن لم يكن حيلةً على قطع ربح عاملٍ كشرائه خزًّا في الصَّيف ليربح في الشِّتاء، ونحوه، فيبقى حقُّه في ربحه... وإن لم يرض ربُّ المال بأخذه - أي: المال - من ذلك العرض، وطلب البيع، أو طلبه - أي: البيع - ابتداءً، من غير فسخ المضاربة؛ فله ذلك، ويلزم المضارب بيعه، ولو لم يكن في المال ربحٌ؛ لأنَّ عليه ردَّ المال ناضًّا كما أخذه).

وفي الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٤/ ١٣٠: (والوجه الثَّاني: لا يجبر إذا لم يكن في المال ربحٌ، أو أسقط العامل حقَّه من الرِّبح؛ لأنَّه بالفسخ زال تصرُّفه، وصار أجنبيًّا من المال فأشبه الوكيل إذا اشترى ما يستحقُّ ردَّه فزالت وكالته قبل ردِّه...، وإن كان دَيْنًا؛ لزم العامل تقاضيه، سواءٌ ظهر في المال ربحٌ أو لم يظهر، وبه قال الشَّافعيُّ.

وقال أبو حنيفة: لا يلزمه إلَّا أن يظهر ربحٌ؛ لأنَّه لا غرض له في العمل، فهو كالوكيل.

ولنا أنَّ المضاربة تقتضي ردَّ المال على صفته، والدُّيون لا تجري مجرى النَّاضِّ، فلزمه أن ينضَّه كما لو ظهر ربحٌ، وكما لو كان رأس المال عرضًا، ويفارق الوكيل؛ فإنَّه لا يلزمه ردُّ المال كما قبضه).

مسألةٌ: إذا طلب أحدهما البيع وامتنع الآخر لغرضٍ:

فعند الحنفيَّة: أنَّ العامل إذا اشترى متاعًا فأراد ربُّ المال بيع المال، وأبى المضارب حتَّى يجد ربحًا، فإنَّ المضارب لا يحقُّ له إمساك المتاع من غير رضا

وتَبطُلُ بموتِ أحدِهما[(١)]، ....

ربِّ المال، فإن كان المال لا ربح فيه أجبر المضارب إمَّا على بيعه، وإمَّا أن يدفع العروض لربِّ المال عوضًا عن رأس ماله.

وعند المالكيَّة: أنه إذا طلب أحدهما بيع السِّلعة وطلب الآخر الصَّبر لغرضٍ كزيادة ربحٍ؛ نظر الحاكم لهما فيما هو الأصلح.

وعند الشَّافعيَّة: أنَّ العامل إذا طلب البيع، وامتنع ربُّ المال عن البيع أجبر على البيع؛ لأنَّ حقَّ العامل في الرِّبح، وذلك لا يحصل إلَّا بالبيع.

وعند الحنابلة: المالك إذا طلب البيع أجبر العامل مطلقًا.

وفيه وجهٌ في المذهب: أنَّه لا يجبر على البيع إذا لم يكن في المال ربحٌ أو أسقط حقَّه من الرِّبح؛ لأنَّه بالفسخ زال تصرُّفه، وصار أجنبيًّا من المال.

وإن طلب العامل البيع أجبر المالك إن كان في المال ربح، قال في الإنصاف: (بلا خلافٍ أعلمه)؛ لأنَّ حقَّ العامل في الرِّبح لا يظهر إلَّا بالبيع. [انظر: المصادر السَّابقة، المعاملات الماليَّة ١٥/ ١٢٣].

(١) وهو المذهب، وهو قول الجمهور؛ كالوكالة.

وعند المالكيَّة: إن مات ربُّ المال، فالعامل يبقى على قراضه ما دام رأس المال عروضًا حتَّى ينضَّ، فإن كان المال قد نضَّ فلا يعمل به إلَّا بعد أن يأذن الورثة لانتقال الحقِّ إليهم، فإن عمل به ضمن.

وإن مات العامل، فإن كان قبل العمل، أو كان المال قد نضَّ فلربِّه أخذه، ولا مقال لورثة العامل، وليس لربِّ المال إلزامهم بالعمل؛ لأنَّ العامل في هذه الحال لو كان حيًّا لم يكن بإمكانه أن يمنع صاحبه من أخذه فكذلك ورثة العامل.

وإن مات بعد الشُّروع في العمل وقبل نضوضه فإن كان الوارث أمينًا، أو أتى الوارث بأمينٍ أجنبيٍّ بصيرٍ بالبيع لا يُخدع قضي لهم بتكميله، وقيل لهم: تقاضوا الدُّيون وبيعوا السِّلع، ويستحقُّون ما كان لمورِّثهم من الرِّبح. [انظر:

فإن مات عامِلٌ، أو مودَعٌ، أو وصيٌّ ونحوُه[١]، وجُهِل بقاءُ ما بيدِهِم؛ فهو دَيْنٌ في التَّركةِ[٢]؛ لأنَّ الإخفاءَ وعَدَمَ التعيينِ كالغصبِ.

بدائع الصَّنائع ٦/١٠٧، الشَّرح الصَّغير ٣/٦٩٢، تكملة المجموع ١٤/١٩٨، المغني ٧/ ١٧٥].

وعند جمهور أهل العلم: المضاربة عقدٌ جائزٌ.

وعند المالكيَّة: عقدٌ لازمٌ بعد الشُّروع. [انظر: المصادر السَّابقة].

وفي كشَّاف القناع ٣/ ٥٢٢: (وإذا مات أحد المتقارضين، أو جُنَّ جنونًا مطبِقًا، - بالاتِّفاق - أو توسوس بحيث لا يحسن التَّصرُّف، أو حُجِرَ عليه لسَفَهٍ؛ انفسخ القراض، وهو المذهب، ومذهب الحنفية؛ لأنَّه عقدٌ جائزٌ من الطَّرفين، فبطل بذلك كالوكالة)، وتقدَّم ذلك في مبطلات الوكالة، باب الوكالة.

مسألةٌ: إذا لم يعلم العامل بموت ربِّ المال، فتصرَّف، فهل تصرُّفه صحيحٌ عملًا بما يعتقده العامل، أو العبرة بما في نفس الأمر، لا في ظنِّ العاقد؟

فالمذهب، ومذهب الحنفيَّة، وبه قال ابن حزم: تبطل حتَّى ولو لم يعلم المضارب بموت ربِّ المال؛ لأنَّه عزلٌ حكميٌّ؛ ذلك أنَّ المضارب بعد موت ربِّ المال لا يكون كاسبًا لربِّ المال؛ لأنَّ الملك قد انتقل لغيره، وتفويض العامل بالتَّصرُّف إنَّما ملكه عن طريق ربِّ المال، وقد انقطع ملكه بالموت، فكيف يكسب الإنسان بعد موته.

وعند المالكيَّة: العامل يبقى على قراضه حتَّى يعلم بموته. [انظر: المصادر السَّابقة، المعاملات الماليَّة ١٥/١٣٩].

(١) كوكيلٍ، وأجيرٍ، وعامل وقفٍ، وناظره، ونحوه.

(٢) في الإنصاف مع الشَّرح ١٤/ ١٣٤: (لصاحبها أسوة الغرماء، وهذا هو المذهب، وسواءٌ مات فجأةً أو لا . . . عملًا بالأصل، ولأنَّه لـمَّا أخفاه ولم يعيِّنه، فكأنَّه غاصبٌ، فيتعلَّق بذمَّته.

وَيُقبَلُ قولُ العامِلِ فيما يدَّعيه مِن هلاكٍ، وخُسرانٍ، وما يَذكُرُ أنَّه اشتراه لنفسِه أو للمضاربةِ؛ لأنَّه أمينٌ[١].

وعن الإمام أحمد: لا يكون دَيْنًا في تركته إلَّا إذا مات غيره فجأةً.

وقيل: كالوديعة. . . .

قوله: وكذلك الوديعة، يعني: أنَّها تكون دَيْنًا في تركته إذا مات ولم يعيِّنها، وهو المذهب. . . .

وقيل: لا تكون دينًا في تركته، ولا يلزمه شيءٌ.

وقال في التَّرغيب: هي في تركته إلَّا أن يموت فجأةً، زاد في التَّلخيص: أو يوصي إلى عدلٍ، ويذكر جنسها كقوله: قميصٌ، فلم يوجد.

فوائد: لو مات وصيٌّ، وجهل بقاء مال موليِّه، قال في الفروع: (فيتوجَّه أنَّه كمال المضاربة والوديعة، قال الشيخ تقيُّ الدِّين: هو في تركته) اهـ.

(١) قال ابن المنذر في الإجماع ص ١٢٤: (وأجمعوا على أنَّ الرَّجل إذا دفع إلى الرَّجل مالًا مضاربةً، ثمَّ اختلفا، وقد جاء العامل بألفي درهمٍ، فقال ربُّ المال: كان رأس مالي ألفي درهمٍ، وقال العامل: كان رأس المال ألف درهمٍ والرِّبح ألف درهمٍ؛ أنَّ القول قول العامل مع يمينه، وذلك إذا لم يكن لربِّ المال بيِّنةٌ).

وفي الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٤/ ١٣٩: (والعامل أمينٌ، والقول قوله فيما يدَّعيه من هلاكٍ وخسرانٍ؛ لأنَّه متصرِّفٌ في مال غيره بإذنه لا يختصُّ بنفعه، أشبه الوكيل، بخلاف المستعير فإنَّه قبضه لمنفعته خاصَّةً.

والقول قوله فيما يدَّعيه من تلف المال، أو بعضه، أو خسارةٍ فيه، ولا ضمان عليه في ذلك، كالوكيل.

والقول قوله في نفي ما يُدَّعى عليه من خيانةٍ أو تفريطٍ، وفيما يدَّعي أنَّه اشتراه لنفسه أو للقراض؛ لأنَّ الاختلاف هنا في نيَّته، وهو أعلم بها . . .، ولو

....

اشترى عبدًا، فقال ربُّ المال: كنت نهيتك عن شرائه، فأنكر العامل؛ فالقول قوله؛ لأنَّ الأصل عدم النَّهي، ولا نعلم في هذا كلِّه خلافًا). اهـ.

وباتِّفاق الأئمَّة: أنَّ القول قول العامل فيما يدَّعيه من هلاكٍ وخسرانٍ؛ لأنَّه أمينٌ، والأصل عدم الخيانة.

فرعٌ: قال ابن عبد البرِّ في الاستذكار ٢١/ ١٢٤: (ولا خلاف بين العلماء أنَّ المقارض مؤتمنٌ، لا ضمان عليه فيما يتلفه من المال من غير جنايةٍ منه فيه، ولا استهلاكٍ له، ولا تضييعٍ، هذه سبيل الأمانة وسبيل الأمناء)، فإن تعدَّى أو فرَّط ضَمِن.

قال ابن المنذر في الإجماع ٩٨: (وأجمعوا على أنَّ ربَّ المال إذا نهى العامل أن يبيع بنسيئةٍ، فباع بنسيئةٍ أنَّه ضامِنٌ).

وقال ابن حزمٍ في مراتب الإجماع ٩٣: (واتَّفقوا أنَّ صاحب المال إن أمر العامل أن لا يسافر بماله فذلك جائزٌ، ولازمٌ للعامل، وأنَّه إن خالف فهو متعدٍّ).

فرعٌ: العامل حكمه حكم الوكيل إذا باع بأقلَّ من ثمن المثل، أو اشترى بأكثر منه، أو باع على من لا تقبل شهادته له، وتقدَّم في باب الوكالة.

فرعٌ: شراء المضارب سلعةً من مال المضاربة.

عند الحنفيَّة، والشَّافعيَّة: يجوز شراء المضارب سلعةً من مال المضاربة؛ لملكه التَّصرُّف.

وعند الحنابلة: إن ظهر في المال ربحٌ لم يصحَّ الشِّراء؛ لأنَّه شريكٌ فيه، وإن لم يظهر صحَّ أن يشتري من ربِّ المال أو من نفسه بإذن صاحب المال كشراء الوكيل من موكِّله.

فرعٌ: شراء ربِّ المال من العامل.

قيل: يصحُّ، وهو مذهب الحنفيَّة، والمالكيَّة؛ لملك العامل التَّصرُّف.

....

وقيل: لا يصحُّ، وهو مذهب الشَّافعيَّة، والمشهور من مذهب الحنابلة؛ لأنَّه يؤدِّي إلى بيع ماله بماله. [انظر: المبسوط: ٢٢/ ٩٤، الذَّخيرة: ٦/ ٥٣، الحاوي: ٩/ ١٢٣، الهداية لأبي الخطَّاب: ١/ ١٧٦، كشَّاف القناع: ٣/ ٤٨٥، المعاملات الماليَّة ١٤/ ٤٧١].

وفي الإنصاف مع الشَّرح ١٤/ ١٤٤: (ولو أقام كلٌّ واحدٍ منهما بيِّنةً بما قاله؛ قدِّمت بيِّنة العامل، على الصَّحيح من المذهب؛ لأنَّه خارجٌ...، وقيل: تقدَّم بيِّنة ربِّ المال، ونقل مهنَّا فيمن قال: دفعته مضاربةً، قال: بل قرضًا، ولهما بيِّنتان، قال: الرِّبح بينهما نصفان...

قوله: وإن قال العامل: ربحت ألفًا ثمَّ خسرتها، أو هلكت؛ قُبِلَ قوله بلا نزاعٍ، وإن قال: غلطت، لم يقبل قوله، وكذا لو قال: نسيت، أو كذبت، وهو المذهب...

وعنه: - أي: الإمام أحمد - يقبل قوله...، قال أبو بكر: وعليه العمل) اهـ.

مسألةٌ: في اشتراط ضمان رأس مال المضاربة:

ذهب عامَّة الفقهاء من الأئمَّة الأربعة وغيره إلى أن اشتراط الضَّمان على الأمين باطل، على خلافٍ بينهم هل يفسد العقد لبطلان الشَّرط، فقيل: العقد صحيحٌ، وهذا مذهب الحنفيَّة، والحنابلة، وقيل: العقد فاسدٌ، وهذا مذهب المالكيَّة؛ لقوله ﷺ في حديث عائشة ﵂: «ما بال أقوام يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله، ما كان من شرطٍ ليس في كتاب الله فهو باطلٌ» صحيح البخاريِّ (٢١٦٨)، ومسلم (١٥٠٤)؛ ولأنَّ ذلك يخالف مقتضى العقد.

وعند المالكيَّة: إن كان الضَّمان مشروطًا في العقد لم يصحَّ، وإن تبرَّع المضارب بالتزام الضَّمان صحَّ بشرطين: أن يكون ذلك بعد العقد، وليس في صلب العقد، وأن يكون ذلك بعد الشُّروع في العمل؛ لأنَّ العقد لا يلزم إلَّا بعد

والقولُ قولُ ربِّ المالِ في عدمِ ردِّه إليه[١].

  

الشُّروع فيه.

وقيل: يصحُّ أن يتبرَّع بالضَّمان طرفٌ ثالثٌ أجنبيٌّ عن العقد بشرط ألَّا يرجع على العامل بما التزم به، وأن يكون هذا الالتزام مستقلًّا عن عقد المضاربة، بمعنى أنَّ قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطًا في نفاذ العقد؛ فالأصل في العقود الصِّحَّة والجواز ما لم يرد دليلٌ على المنع، والمنع إنَّما ورد في التزام الضَّمان من قبل العامل حتَّى لا تجتمع عليه خسارتان: خسارة ضمان النَّقص، وخسارة عمله، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي التَّابع لمنظَّمة المؤتمر الإسلاميِّ. [انظر: المعاملات الماليَّة ١٥/ ٦٩].

(١) وهذا هو المذهب؛ لأنَّه قبض المال لنفع نفسه، فلم يقبل قوله في الرَّدِّ، كالمستعير، ولأنَّ ربَّ المال منكرٌ، والقول قول المنكر.

وعن الإمام أحمد: أنَّ القول قول العامل؛ لأنَّه أمينٌ، ولأنَّ معظم النَّفع لربِّ المال، فالعامل كالمودع. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٤/ ١٤٠، قواعد ابن رجبٍ، القاعدة ٤٤].

(فَصْلٌ)[(١)]

(الثَّالِثُ: شَرِكَةُ الوُجُوهِ)[(٢)]، سُمِّيت بذلك؛ لأنَّهما يُعامِلان فيها

(١) في أحكام شركة الوجوه، والأبدان، والمفاوضة.

(٢) النَّوع الثَّالث من أنواع شركة العقود: شركة الوجوه.

وهي جائزةٌ عند الحنفيَّة، والحنابلة؛ لأنَّها وكالة كلٍّ من الشُّركاء للآخر في البيع والشِّراء، كما أنَّها تتضمَّن الكفالة بالثَّمن، وكلٌّ من الأمرين جائزٌ.

وعند المالكيَّة، والشَّافعيَّة: عدم جوازها؛ لأنَّ الشَّركة لا بدَّ أن تقوم على أحد أمرين: المال أو العمل، وكلاهما معدومان في شركة الوجوه، وهذا التَّعليل بناءً على تعريفهم لشركة الوجوه، وسيأتي.

ونوقش: بعدم التَّسليم، بل تقوم على البيع والشِّراء، وهذا هو العمل، وعلى هذا: فالأقرب قول الحنفيَّة والحنابلة. [انظر: المبسوط ١١/ ١٥٥، بداية المجتهد ٢/ ٢٥٥، منهاج الطَّالبين ٥٥، شرح المنتهى ٢/ ٣٣٩].

مسألةٌ: صور شركة الوجوه:

الصُّورة الأولى: أن يشترك وجيهان عند النَّاس ليبتاعا في الذِّمَّة إلى أجلٍ، على أنَّ ما يبتاعه كلٌّ واحدٍ يكون بينهما فيبيعانه، ويؤدِّيان الأثمان، فما فضل فهو بينهما.

وهذه الصُّورة هي المشهورة في شركة الوجوه والمتَّفق على اعتبارها في شركة الوجوه.

الصُّورة الثَّانية: اختلف الفقهاء في تقسيم شركة الوجوه إلى عنانٍ ومفاوضةٍ على قولين:

القول الأوَّل: تقسيم شركة الوجوه إلى عنانٍ ومفاوضةٍ، وهو مذهب الحنفيَّة.

بوجهِهِما، أي: جاهِهِما، والجاهُ والوجهُ واحدٌ[(١)].

وهي: أن يَشتركَا على (أَنْ يَشْتَرِيَا فِي ذِمَّتَيْهِمَا) مِن غيرِ أن يكونَ لهما مالٌ (بِجَاهِهِمَا[(٢)(٣)]، فَمَا رَبِحَاهُ فَـ) هو ....

القول الثَّاني: اختصاص تقسيم الشَّركة إلى عنانٍ ومفاوضةٍ بشركة الأموال خاصَّةً دون غيرها من الشَّركات، وهو مذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة، والحنابلة.

الصُّورة الثَّالثة: أن يشترك وجيهٌ وخاملٌ، ولها صورتان:

الأولى: أن يشتري الوجيه نسيئةً، ويفوِّض بيعه إلى خاملٍ، ويشترطا أن يكون ربحه بينهما، وهذه الصُّورة قد انفرد الشَّافعيَّة بذكرها.

الثَّانية: أن يبيع الوجيه مال الخامل ليكون العمل من الوجيه، والمال من الخامل، والرِّبح بينهما، وهذه الصُّورة منعها المالكيَّة والشَّافعيَّة.

الصُّورة الرَّابعة: أن يدفع واحدٌ ماله إلى اثنين مضاربةً، فيكون المضاربان شريكين في الرِّبح بمال غيرهما؛ لأنَّهما إذا أخذا المال بجاههما فلا يكونان مشتركين بمال غيرهما، وهذه الصُّورة ذكرها القاضي من الحنابلة.

الصُّورة الخامسة: وهي صورة جائزةٌ لدى جميع الفقهاء: وهي التَّعاقد على شراء شيءٍ معيَّنٍ بالدَّين، فإذا قصد المشتري الشِّراء لهما، فإنَّهما يصيران شريكين في العين شركة ملكٍ، فإذا بيعت السِّلعة فالرِّبح بينهما. [انظر: المعاملات الماليَّة المعاصرة ١٤/ ٤١٨].

(١) يقال: وَجُه فلانٌ وجاهةً؛ صار ذا قدرٍ ورتبةٍ، وأوجهه السُّلطان أي: شرَّفه. [انظر: لسان العرب ١٣/ ٥٠٢، المعجم الوسيط ٢/ ٦٢٨].

(٢) أي: بثقة التُّجَّار لهما.

(٣) وعرَّفها الحنفيَّة، كما في فتح القدير ٥/ ٣٠: هي أن يشترك رجلان ولا مال لهما، على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا؛ وسمِّيت بذلك؛ لأنَّه لا يشتري بالنَّسيئة إلَّا من كان له وجاهةٌ عند النَّاس.

(بَيْنَهُمَا) على ما شَرَطاه[١]، سواءٌ عَيَّنَ أحدُهُما لصاحبِه ما يَشتريه، أو جِنسَه، أو وَقتَه، أوْ لَا[٢]، فلو قال: ما اشتَرَيْتَ مِن شيءٍ فبيننا؛ صحَّ.

وعرَّفها المالكيَّة: هي أن يشتركا على غير مالٍ ولا عملٍ، وهي الشَّركة على الذِّمم بحيث إذا اشتريا شيئًا؛ كان في ذمَّتهما، وإذا باعاه؛ اقتسما ربحه. [انظر: القوانين ص ٣١١].

وقيل: أن يتَّفق وجيهٌ وخاملٌ على أن يشتري الوجيه في الذِّمَّة، ويبيع الخامل، ويكون الرِّبح بينهما. [انظر: مواهب الجليل: ٥/ ١٤١].

وعرَّفها الشَّافعيَّة: أن يشترك وجيهان ويبتاعا في الذِّمَّة إلى أجلٍ، على أنَّ ما يبتاعه كلُّ واحدٍ منهما يكون بينهما يبيعانه ويؤدِّيان الأثمان فما فضل فهو بينهما.

(١) فالرِّبح على حسب الشَّرط على المذهب من تساوٍ وتفاضلٍ؛ لحديث أبي هريرة ﷺ مرفوعًا: «المسلمون على شروطهم»، رواه البخاريُّ معلَّقًا بصيغة الجزم؛ ولأنَّ الشُّركاء في شركة الوجوه شركاء في المال (السِّلع) والعمل، فجاز تفاضلهما في الرِّبح مع تساويهما في المال قياسًا على شركة العنان.

وعند الحنفيَّة: الرِّبح بين الشَّريكين بقدر الضَّمان، والضَّمان بقدر الملك في المشترى، فإن شرطا أنَّ المشترى بينهما نصفان فالرِّبح كذلك، وإن شرطا الملك لأحدهما الثُّلث، وللآخر الثُّلثان فالرِّبح كذلك، وإن شرط لأحد الشَّريكين في الرِّبح أكثر ممَّا يملك فهو شرطٌ باطلٌ لا أثر له، ويظل الرِّبح بينهما بنسبة ضمانهما؛ لأنَّ الرِّبح يستحقُّ بالضَّمان.

ونوقش: بأنَّ شركة الوجوه منعقدةٌ على عملٍ ووكالةٍ وكفالةٍ، فالعمل قائمٌ على الشِّراء والبيع، وكلُّ واحدٍ من الشَّريكين وكيلٌ عن الآخر فيهما، وكفيله بالثَّمن، فلا يصحُّ أن يقال: إنَّ استحقاق الرِّبح المشترك بينهما بالضَّمان وحده. [انظر: تبيين الحقائق ٣/ ٣٢٢، الفروع ٤/ ٤٠٣، المعاملات الماليَّة ١٤/ ٣١٦].

(٢) في كشَّاف القناع ٣/ ٥٢٦: (لأنَّ ذلك - أي: التَّعيين - يعتبر في الوكالة

(وَكُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَكِيلُ صَاحِبِهِ[١]، وَكَفِيلٌ عَنْهُ بِالثَّمَنِ)[٢]؛ لأنَّ مَبناها على الوكالةِ والكفالةِ.

(وَالمِلْكُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَاهُ)؛ لقولِه ﷺ: «المُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»[٣].

(وَالوَضِيعَةُ عَلَى قَدْرِ مِلْكَيْهِمَا)[٤]؛ كشركةِ العِنانِ؛ لأنَّها في مَعناها.

(وَالرِّبْحُ عَلَى مَا شَرَطَا)؛ كالعِنانِ، وهما في تصرُّفٍ كشريكَيْ عِنانٍ[٥].

(الرَّابِعُ: شَرِكَةُ الأَبْدَانِ)، وهي: (أَنْ يَشْتَرِكَا فِيمَا يَكْتَسِبَانِ بِأَبْدَانِهِمَا)، أي: يَشترِكانِ في كَسبِهِما مِن صنائِعِهِما[٦]، ....

المفردة، أمَّا الوكالة الدَّاخلة ضمن الشَّركة فلا يعتبر فيها ذلك؛ بدليل المضاربة، وشركة العنان فإنَّ في ضِمْنِهما توكيلًا، ولا يعتبر فيهما شيءٌ من هذا).

(١) أي: في شراء نصف المتاع بنصف الثَّمن، وكذا بيعه.

(٢) فيلزمه قضاء نصيبه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) في كشَّاف القناع ٣/٥٢٦: (أي: فيما يشتريانه فعلى من يملك فيه الثُّلثين ثلثا الوضيعة، وعلى من يملك فيه الثُّلث ثلثها، سواءٌ كانت لتلفٍ أو لبيعٍ بنقصانٍ، وسواءٌ كان الرِّبح بينهما كذلك أو لم يكن؛ لأنَّ الوضيعة عبارةٌ عن نقصان رأس المال، وهو مختصٌّ بملَّاكه، فوزِّع بينهما على قدر الحصص)، وهو قول الحنفيَّة، والحنابلة.

(٥) في كشَّاف القناع ٣/٥٢٧: (وهما - أي: شريكا الوجوه - في التَّصرُّف بنحو بيعٍ وإقرارٍ وخصومةٍ؛ كشريكي العنان فيما يجب لهما وعليهما، وفيما يمتنع وسائر ما تقدَّم).

(٦) وعرَّفها الحنفيَّة كما في فتح القدير لابن الهمَّام ٥/٢٨: (أن يشتركا على أن يتقبَّلا الأعمال، ويكون الكسب بينهما كالخيَّاطين والصَّباغين).

. . . .

وعند المالكيَّة كما في حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٣٦١: (أن يشترك صانعان فأكثر على أن يعملا معًا، ويقتسما أجرة عملهما بنسبة العمل).

وعند الشَّافعيَّة في مغني المحتاج ٢/ ٢١٢: (الاشتراك بين محترفين على أنَّ كسبهما بينهما - متساويًا أو متفاوتًا - مع اتِّفاق الصَّنعة أو اختلافها).

وشركة الأبدان تنقسم إلى قسمين:

الأوَّل: أن يشتركا فيما يتقبَّلان بأبدانهما في ذممهما من العمل؛ كالحدادة والخياطة، ونحوها.

فجمهور أهل العلم على جواز ذلك، لكن عند المالكيَّة بشروطٍ تأتي.

ودليل ذلك: ما استدلَّ به المؤلِّف؛ ولأنَّ شركة الأبدان تتضمَّن الوكالة، وتوكيل كلٍّ من الشَّريكين للآخر بتقبُّل العمل صحيحٌ؛ ولأنَّ الأصل في المعاملات الحلُّ والإباحة حتَّى يقوم دليلٌ صحيحٌ صريحٌ على التَّحريم، ولا يوجد دليلٌ على تحريم شركة الأعمال.

وللاحتجاج بجريان العمل في شركة الأعمال في جميع الأعصار، من غير نكيرٍ.

ولحاجة المسلمين إلى مثل هذه الشَّركة.

ولما روى ابن أبي شيبة ٧/ ٣٦٥ من طريق أبي عبيدة، عن عبد الله قال: «اشتركنا يوم بدرٍ أنا وعمَّارٌ وسعدٌ فيما أصبنا يوم بدرٍ، فأمَّا أنا وعمَّارٌ فلم نجئ بشيءٍ، وجاء سعدٌ بأسيرين»، أعلَّ بالانقطاع، ورأى بعضهم أنَّ حديث أبي عبيدة عن أبيه في حكم المتَّصل.

وعند الشَّافعيَّة والظَّاهريَّة: غير جائزةٍ؛ لما يأتي.

القسم الثَّاني: أن يشتركا فيما يكتسبانه بأبدانهما من مباحٍ؛ كالاحتطاب والاحتشاش ونحوهما.

فعند المالكيَّة والحنابلة: جواز ذلك؛ لما تقدَّم من الدَّليل في القسم الأوَّل.

وعند الحنفيَّة والشَّافعيَّة والظَّاهريَّة: عدم جواز ذلك.

. . . .

استدلَّ ابن حزمٍ على عدم جواز شركة الأبدان: بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾، وقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ٱكْتَسَبَتْ﴾ فالإنسان يختصُّ بكسبه له غنمه، وعليه غرمه، مع قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾.

ونوقش: بأنَّ هذه الآيات واردةٌ في الثَّواب والإثم.

وأمَّا قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ فشركة الأبدان ليس فيها أكلٌ للمال بالباطل بل بالحقِّ؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾.

واستدلَّ أيضًا بحديث عائشة رضي الله عنها مرفوعًا: «كلُّ شرطٍ ليس في كتاب الله فهو باطلٌ» متَّفقٌ عليه.

ونوقش: بأنَّ شركة الأبدان في كتاب الله، إذ الأصل في العقود والشَّرط في العقود الحلُّ.

واستدلَّ الشَّافعيَّة: بأنَّ الشَّركة تنبئ عن الاختلاط، وهو شرطٌ معتبرٌ.

ونوقش: بأنَّه مبنيٌّ على اشتراط خلط المالين لصحَّة الشَّركة، وتقدَّم عدم اعتباره عند قول المؤلِّف: (ولا يشترط خلط المالين...)، وعلى ذلك فالأقرب قول الجمهور. [انظر: تبيين الحقائق ٣/ ٣٢٠، جواهر الإكليل ٢/ ١٢٠، الإقناع للشِّربينيِّ ٢/ ٤١، المغني ٧/ ١٢١، المحلَّى ٨/ ٥٤٢، مجموع الفتاوى ٣/ ٧٣].

مسألةٌ: ذهب الحنفيَّة: إلى تقسيم كلٍّ من شركة الأموال وشركة الأعمال إلى عنانٍ ومفاوضةٍ.

فشركة الأعمال تكون مفاوضةً إذا عقدت بلفظ المفاوضة، أو تضمَّنت معنى المفاوضة بأن تحقَّق فيها التَّساوي في تقبُّل الأعمال، والتَّساوي في الضَّمان، والتَّساوي في الكسب بأن يكون الكسب بينهما نصفين.

فما رَزَق اللهُ فهو بَينهما[١]، **(فَمَا تَقَبَّلَهُ أَحَدُهُمَا مِنْ عَمَلٍ يَلْزَمُهُمَا فِعْلُهُ)**، ويُطالَبانِ به[٢]؛ لأنَّ شركةَ الأبدانِ لا تَنعقِدُ إلا على ذلك[٣].

وتصحُّ مع اختلافِ الصنائِعِ؛ كقصَّارٍ مع خياطٍ[٤].

وتكون عنانًا إذا عقدت بلفظ العنان، أو عقدت على الإطلاق، أو كانت على التَّفاوت في تقبُّل الأعمال، أو على التَّفاوت في الضَّمان، أو على التَّفاوت بينهما في الكسب، أو على نوعٍ محدَّدٍ من الأعمال.

وذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة، والحنابلة: أنَّ تقسيم الشَّركة إلى شركة عنانٍ ومفاوضةٍ خاصٌّ في شركة الأموال، ولا دخل لهما في شركة الأبدان أو الوجوه. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٢/ ٣٢٨، القوانين الفقهيَّة ص١٨٧، الحاوي الكبير ٦/ ٤٧٣، المغني ٥/ ١٨، المعاملات الماليَّة المعاصرة ١٤/ ١٣٥].

(١) أي: على ما اتَّفقا عليه من مساواةٍ أو تفاضلٍ؛ لأنَّ العمل يستحقُّ به الرِّبح، وقد يتفاضلان في العمل فجاز تفاضلهما في الرِّبح الحاصل به، فالمذهب، ومذهب الحنفيَّة: الرِّبح على حسب الشَّرط.

وعند المالكيَّة: على قدر العمل.

(٢) أي: ويطالب كلٌّ واحدٍ منهما بما تقبَّل من أعمال الشَّركة.

(٣) في كشَّاف القناع ٣/ ٥٢٧: (لأنَّ مبنى هذه الشَّركة على الضَّمان، فكأنَّها تضمَّنت ضمان كلٍّ واحدٍ منهما على الآخر ما يلزمه).

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفيَّة.

وعند المالكيَّة: يشترط لجواز شركة الأبدان ما يلي:

أن يتَّحد عمل كلٍّ من الشَّريكين؛ كخيَّاطين أو حدَّادين، أو يتلازم عملهما، وذلك بأن يكون عمل أحدهما متوقِّفًا على عمل الآخر، كأن ينسج أحدهما، ويصبغ الآخر.

أن يكون لكلٍّ من الشُّركاء من الرِّبح بقدر عمله، وإذا شرط التَّساوي في

ولكلٍّ واحدٍ منهما طَلَبُ الأجرةِ(١)، وللمستأجِرِ دَفْعُها إلى أحدِهما(٢).

ومَن تَلِفت بيدِه بغيرِ تفريطٍ؛ لم يَضمَنْ(٣).

(وَتَصِحُّ) شركةُ الأبدانِ (فِي الاحْتِشَاشِ، وَالاحْتِطَابِ، وَسَائِرِ المُبَاحَاتِ)؛ كالثِّمارِ المأخوذةِ مِن الجبالِ، والمعادِنِ(٤)، والتلصُّصِ على دارِ الحربِ(٥)؛ لما روى أبو داودَ بإسنادِه عن عبدِ اللهِ قال: «**اشْتَرَكْتُ أَنَا وَسَعْدٌ وَعَمَّارٌ يَوْمَ بَدْرٍ، فَلَمْ أَجِئْ أَنَا وَعَمَّارٌ بِشَيْءٍ، وَجَاءَ سَعْدٌ بِأَسِيرَيْنِ**»(٦)، .....

الرِّبح مع تقارب العمل؛ فشرطٌ صحيحٌ.

أن يشتركا في الآلات الَّتي يعملان بها، إمَّا بملكٍ، أو إجارةٍ. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) أي: أجرة عملٍ تقبَّله هو أو صاحبه.

(٢) في كشَّاف القناع ٣/٥٢٧: (ويبرأ منها - أي: الأجرة - بالدَّفع لأحدهما؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما كالوكيل عن الآخر).

(٣) في كشَّاف القناع ٣/٢٥٧: (فهي من ضمانهما تضيع عليهما؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما وكيل الآخر في المطالبة والقبض، وما يتلف من الأعيان، أو الأجرة بتعدِّي أحدهما، أو تفريطه على وجهٍ يوجب الضَّمان عليه؛ كمنعٍ أو جحودٍ؛ فهو عليه وحده؛ لانفراده بما يوجب الضَّمان).

(٤) وكاصطيادٍ، وأخذ العسل؛ والغنيمة.

(٥) كسلب من يقتلانه بدار الحرب.

وهذا القسم الثَّاني من أقسام شركة الأبدان، وقد تقدَّم قريبًا جوازها عند المالكيَّة والحنابلة، وعدم جوازها عند الحنفيَّة والشَّافعيَّة والظَّاهريَّة.

(٦) رواه أبو داود (٣٣٨٨)، والنسائي (٣٩٣٧)، وابن ماجه (٢٢٨٨)، من طريق سفيان، عن أبي إسحاق، عن أبي عبيدة، عن عبد الله ﷺ. وأعلَّه ابن حزم والألباني بالانقطاع، قال ابن حزم: (هذا خبر منقطع؛ لأن أبا عبيدة لا

قال أحمدُ[(١)]: (أَشْرَكَ بَينهم النبيُّ ﷺ)[(٢)].

(**وَإِنْ مَرِضَ أَحَدُهُمَا فَالكَسْبُ**) الذي عَمِلَه أحدُهُما (**بَيْنَهُمَا**)[(٣)]، ......

يذكر من أبيه شيئًا)، وسكت عنه ابن حجر في التلخيص والبلوغ، وتقدم في كتاب الجنائز الكلام على رواية أبي عبيدة عن أبيه، وأنها محمولة على الاتصال. [انظر: المحلى ٦/ ٤١٤، بلوغ المرام ص٢٢٦، التلخيص الحبير ٣/ ١٢٢، الإرواء ٥/ ٢٩٥].

(١) في رواية أبي طالب، كما في المغني (٥/ ٤).

(٢) ولأنَّ العمل أحد جهتي المضاربة، فصحَّت الشَّركة عليه كالمال.

(٣) في الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٤/ ١٦٤: (قال ابن عقيلٍ: نصَّ عليه أحمد في رواية إسحاق بن هانئٍ؛ ولأنَّ العمل مضمونٌ عليهما معًا، وبضمانهما له وجبت الأجرة، فتكون لهما كما كان الضَّمان عليهما).

فالمشهور من المذهب، ومذهب الحنفيَّة أنَّ الكسب بينهما مطلقًا، سواءٌ ترك العمل بعذرٍ أو بغير عذرٍ، إلَّا أنَّ الحنابلة قالوا: يجب على من ترك العمل أن يقيم مكانه من يقوم بعمله إن طلب شريكه ذلك؛ لما استدلَّ به المؤلِّف.

ونوقش: بأنَّ عبد الله وعمَّارًا قد عملا ولم يتحصَّل من عملهما شيءٌ، فلا يصدق عليهما أنَّهما ترك العمل مطلقًا؛ ولحديث أنسٍ، قال: «كان أخوان على عهد النَّبيِّ ﷺ فكان أحدهما يأتي النَّبيَّ ﷺ والآخر يحترف، فشكا المحترف أخاه إلى النَّبيِّ ﷺ فقال: لعلَّك ترزق به»، رواه التِّرمذيُّ (٢٣٤٥)، والحاكم ١/ ١٧٢، وقال التِّرمذيُّ: حديثٌ حسنٌ صحيحٌ.

ونوقش: بأنَّ الحديث ليس فيه نصٌّ بأنَّ الأخوين كان بينهما عقد شراكةٍ، وإنَّما كان أحدهما مكتسبًا والآخر يطلب العلم، وربَّما كان أخوه ينفق عليه، فشكا ذلك إلى رسول الله ﷺ؛ ولأنَّ استحقاق الرِّبح في الشَّركة يكون بأحد أمورٍ ثلاثةٍ: المال، أو العمل، أو الضَّمان، ولـمَّا كان ما يتقبَّله أحد الشَّريكين

احتجَّ الإمامُ بحديثِ سعدٍ[١]، وكذا لو تَرَكَ العملَ لغيرِ عذرٍ[٢].

(وَإِنْ طَالَبَهُ الصَّحِيحُ أَنْ يُقِيمَ مُقَامَهُ؛ لَزِمَه)؛ لأنَّهما دَخَلا على أن يَعملا، فإذا تعذَّر عليه العملُ بنفسِه لزِمَه أن يُقيمَ مُقامَه[٣]؛ توفيةً للعقد بِما يَقتضيه[٤]، وللآخَرِ الفسخُ[٥].

وإن اشتركَا على أن يحمِلا على دابَّتَيْهِما والأجرةُ بينهما؛ صحَّ[٦].

يلزمه أصالةً عن نفسه، ووكالةً عن شريكه، فيكون العمل المتقبَّل مضمونًا عليهما، فيستحقُّ كلٌّ منهما جزءًا من الكسب مقابل هذا الضَّمان.

وعند المالكيَّة: الكسب بينهما إن كان الغياب أو المرض مدَّةً يسيرةً كاليوم واليومين، فإن كان ترك العمل مدَّةً طويلةً، فإن كان ذلك مشروطًا في عقد الشَّركة فسدت الشَّركة، وإن كان غير مشروط فاختلفوا إلى أقوالٍ عندهم.

وعند الحنابلة في روايةٍ: ترك العمل إن كان بعذرٍ كان الكسب بينهما، وإن كان بدون عذرٍ كان الكسب للعامل منهما فقط. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) وهو قول عبد الله بن مسعودٍ: «اشتركت أنا وسعدٌ وعمَّارٌ...» الحديث.

(٢) وهذا هو الصَّحيح من المذهب. [انظر: المصدر السَّابق].

(٣) بضم الميم، ويجوز الفتح، بخلاف نحو: قام زيد مَقام عمرٍو فبالفتح لا غير. [انظر: المصباح ٢/ ٥٢٠].

(٤) من لزوم العمل مع شريكه.

(٥) أي: وإن امتنع المريض ونحوه من أن يقيم آخر مقامه؛ فللآخر فسخ الشَّركة، بل له فسخها وإن لم يمتنع، مع عدم الضَّرر؛ لعدم لزومها. [انظر كشَّاف القناع ٣/ ٥٢٨].

(٦) لأنَّه نوعٌ من الاكتساب، والدَّابَّتان آلتان، فأشبهها الأداة. [انظر: المصدر السَّابق].

في الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٤/ ١٣٦: (لو دفع عبده أو دابَّته إلى من

. . . .

يعمل بهما بجزءٍ من الأجرة، أو ثوبًا يخيطه، أو غزلًا ينسجه بجزءٍ من ربحه، أو بجزءٍ منه؛ جاز، وهو المذهب.

وعنه: - أي: الإمام أحمد - لا يجوز، وهو قولٌ في الرِّعاية اختاره ابن عقيلٍ، فله أجرة مثله، قال في الفروع وغيره: ومثل حصاد زرعه، وطحن قمحه، ورضاع رقيقه).

والجمهور على أنَّها لا تصحُّ، وهو روايةٌ عند الحنابلة؛ لأنَّ هذه ليست من أقسام الشَّركة؛ لأنَّ الشَّركة لا تكون إلَّا في النُّقود، ولا تصحُّ أن تكون مضاربةً؛ لأنَّ الدَّوابَّ والآلات لا يمكن بيعها ولا المتاجرة فيها، لذا لا تصحُّ أن تكون رأس مالٍ المضاربة، وللمالك أجرة المثل، ويختصُّ العامل بالرِّبح.

والمشهور من المذهب: أنَّه يصحُّ أن يدفع الرَّجل دابَّته أو آلته إلى من يعمل بها بجزءٍ من كسبها؛ قياسًا على المساقاة والمزارعة، فإنَّه دفعٌ لعينٍ من المال إلى من يعمل عليها ببعض نمائها مع بقاء عينها. [انظر: المصادر السَّابقة].

مسألة: المشهور من المذهب، ومذهب الحنفيَّة، والشَّافعيَّة: لا تصحُّ شركة الدَّلَّالين؛ لأنَّ الشَّركة الشَّرعيَّة لا تخرج عن الضَّمان والوكالة، وهما غير موجودين في هذه الشَّركة.

ونوقش: بأنَّ القول بأنَّها لا تصحُّ؛ لأنَّ الوكيل لا يملك حقَّ التَّوكيل فيما وكِّل فيه فيقال: بأنَّ غرض المالك ومقصوده هو بيع سلعته لا أن يتولَّاه شخصٌ بعينه، وقد لا يتولَّى نائب الوكيل إبرام العقد، وإنَّما يقتصر عمله على عرض السِّلعة، والمناداة عليها، وأمَّا القول بأنَّ شركة الدَّلَّالين لا تصحُّ لكونها لا يوجد فيها ضمانٌ ولا تقبُّل عملٍ، فإنَّ هذا لا يكفي في ردِّ الشَّركة؛ لأنَّ شركة التقاط المباحات لا ضمان فيها ولا تقبُّل، وقد ذهب كلٌّ من المالكيَّة والحنابلة إلى صحَّتها.

وفي روايةٍ عند الحنابلة، وقولٌ في مذهب الحنفيَّة: تصحُّ شركة الدَّلَّالين؛

وإن آجَراهُما بأعيانِهِما؛ فلكلٍّ أُجرةُ دابَّتِه.

ويصحُّ دفعُ دابةٍ[١] ونحوِها لمن يَعمَلُ عليها، وما رَزَقه اللهُ بينهما على ما شَرَطاه[٢].

(الخَامِسُ: شَرِكَةُ المُفَاوَضَةِ)[٣]، وهي: (أَنْ يُفَوِّضَ كُلٌّ مِنْهُمَا إِلَى

لأنَّ شركة الدَّلَّالين إن قامت على مجرَّد عرض السِّلعة والمناداة عليها والقيام على تحصيل الأموال من المستثمرين وتسجيل عقود البيع والشِّراء فلا خلاف في جواز ذلك؛ لأنَّ مأخذ المنع عند القائلين بالمنع أنَّ الدَّلَّال لا يحقُّ له التَّوكيل فيما وكِّل فيه وهو إنَّما وكِّل في البيع، وشركاؤه لم يتولَّوا إبرام العقد.

وعلى فرض أن يقوم بالبيع غير من وكِّل به، فإن كان بحضور صاحبه كان ذلك بمنزلة الإذن منه بذلك، وإن كان ذلك بغيبته فما المانع من صحَّة ذلك، كالأجير المشترك يوكِّل غيره بالعمل. [انظر: المبسوط ١٩/ ١٣٥، الوسيط ٣/ ٢٦٢، الإنصاف ٥/ ٤٦٢، المعاملات الماليَّة المعاصرة ١٤/ ٢٥٩].

قال ابن تيميَّة في الفتاوى الكبرى ٥/ ٤٠٤: (ووجه صحَّتها أنَّ بيع الدَّلَّال وشراءه بمنزلة خياطة الخيَّاط، وتجارة التُّجَّار، وسائر الأُجَراء المشترِكين، ولكلٍّ منهم أن يستنيب، وإن لم يكن للوكيل أن يوكِّل، ومأخذ من منع أنَّ الدَّلالة من باب الوكالة، وسائر الصِّناعات من باب الإجارة، وليس الأمر كذلك).

(١) لأنَّه لم يجب ضمان الحمل في ذممها، وإنَّما استحقَّ المكتري منفعة البهيمة.

(٢) وهو المذهب؛ لأنَّ الدَّابَّة ونحوها، عين تنمَّى بالعمل عليها، فصحَّ العقد ببعض نمائها كالدَّراهم والدَّنانير، وكالشَّجر في المساقاة، والأرض في المزارعة.

وعند الجمهور: لا يصح؛ لجهالة الأجرة.

(٣) مشتقَّةٌ من التَّفويض، يقال: فوَّض الأمر إليه تفويضًا: ردَّه إليه، وجعله

صَاحِبِهِ كُلَّ تَصَرُّفٍ مَالِيٍّ وَبَدَنِيٍّ مِنْ أَنْوَاعِ الشَّرِكَةِ)(١)، بَيعًا، وشِراءً، ومُضاربةً، وتَوكيلًا، ....

الحاكم فيه، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأُفَوِّضُ أَمْرِيٓ إِلَى ٱللَّهِۚ﴾.

وتسمية هذه الشَّركة مفاوضةً؛ لأنَّ كلَّ واحد من الشَّريكين يفوِّض أمر التَّصرُّف في مال الشَّركة إلى الآخر.

وقيل: اشتقاقهما من الانتشار، يقال: فاض الماء؛ إذا انتشر، واستفاض الخبر؛ إذا شاع، فلمَّا كان هذا العقد مبنيًّا على الانتشار والظُّهور في جميع التُّصرُّفات؛ سمِّي مفاوضةً.

وقيل: أصلها من المساواة لاستواء الشَّريكين فيها في التَّصرُّف والضَّمان. [انظر: تاج العروس ٥/ ٧١، المعجم الوسيط ٢/ ٧٠٦].

(١) وعرَّفها الحنفيَّة، كما في فتح القدير ٥/ ٥: (هي أن يشترك الرَّجلان، فيتساويان في مالهما، وتصرُّفهما، ودَينهما؛ لأنَّها شركةٌ عامَّةٌ في جميع التِّجارات، يفوِّض كلُّ واحدٍ منهما أمر الشَّركة إلى صاحبه على الإطلاق).

وعرَّفها المالكيَّة، كما في كفاية الطَّالب الرَّبَّانيِّ ٢/ ١٦٢: (أن يُطلِق كلُّ واحدٍ منهما التَّصرُّف لصاحبه في المال الَّذي اشتركا فيه في الغَيبة والحضور، والبيع والشِّراء، والكراء والاكتراء، سواءٌ كان الإطلاق في جميع الأنواع، أو نوعٍ خاصٍّ).

وعرفها الشافعية كما في نهاية المحتاج ٤/ ٣: (الاشتراك بين اثنين أو أكثر، يكون بينهما كسبهما، وعليهما ما يعرض من غرمٍ سواءٌ كان بغصبٍ، أو إتلافٍ، أو بيعٍ فاسدٍ، وغير ذلك).

وعند الحنابلة: تنقسم إلى قسمين:

الأوَّل: تفويض كلٍّ من المشتركين، اثنين فأكثر، إلى صاحبه كلَّ تصرُّفٍ بدنيٍّ وماليٍّ من أنواع الشَّركة، وهو الجمع بين عنانٍ، ووجوهٍ، ومضاربةٍ، وأبدانٍ،

. . . .

فتصحُّ عند الحنابلة؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ يصحُّ منفردًا فصحَّ مع غيره؛ كحالة الانفراد.

وعند الحنفيَّة: تصحُّ شركة المفاوضة استحسانًا - كما تقدَّم في تعريفها عندهم - بشروطٍ تأتي، واستدلُّوا على ذلك:

ما روي مرفوعًا: «إذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة»؛ لكن في فتح القدير ٥/ ٧: (لا يعرف في كتب الحديث).

ولأنَّ المفاوضة اشتملت على أمرين جائزين، وهما: الوكالة والكفالة؛ لأنَّ كلَّ واحدةٍ منهما جائزةٌ حال الانفراد فتجوز مجتمعةً.

وعند المالكيَّة: تجوز حسبما تقدَّم في تعريفها عندهم، والمفاوضة عندهم لا تكون إلَّا فيما يعقدان عليه الشَّركة من أموالهما، دون ما ينفرد به كلٌّ واحدٍ منهما من ماله.

وعند الشَّافعيَّة - حسب تعريفهم لها -لا تجوز؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى عن الغرر، وهذا غررٌ.

ونوقش: بعدم التَّسليم كما في أدلَّة المجوِّزين.

ولأنَّها تتضمَّن الوكالة والكفالة بمجهولٍ، وهذا لا يصحُّ حال الانفراد، فلا يصحُّ حال الاجتماع.

ونوقش: بأنَّ الوكالة والكفالة في الشَّركة إنَّما تكون ضمنًا، ولهذا جازت المضاربة باتِّفاق الأئمَّة، وهي مشتملةٌ على الوكالة. [انظر: فتح القدير ٥/ ٧، بدائع الصَّنائع ٦/ ٥٨، مواهب الجليل ٥/ ١١٨، تكملة المجموع ١٣/ ١٥٧، المغني ٧/ ١٣٧].

وعند الحنفيَّة: يشترط لشركة المفاوضة ما يلي:

أن يكون كلٌّ من الشُّركاء أهلًا للكفالة.

المساواة في رأس المال قدرًا، باتِّفاق فقهاء الحنفيَّة، وكذا المساواة قيمةً، على المشهور من الرِّوايات، ولا يشترط الاتِّفاق في الجنس.

وابتِيَاعًا في الذمَّةِ، ومُسافرةً بالمالِ، وارتهانًا، وضَمانَ ما يَرى مِن الأعمالِ، أو يَشتركًا في كلِّ ما يَثبُتُ لهما وعليهما؛ فتصحُّ، (**وَالرِّبْحُ عَلَى مَا شَرَطَاهُ**[١]، **وَالوَضِيعَةُ بِقَدْرِ المَالِ**)[٢][٣]؛ لما سَبَق في العِنانِ.

(**فَإِنْ أَدْخَلَا فِيهَا كَسْبًا، أَوْ غَرَامَةً نَادِرَيْنِ**)؛ كوِجْدانِ لقطةٍ، أو رِكازٍ، أو مِيراثٍ، أو أرشِ جِنايةٍ[٤]، (**أَوْ مَا يَلْزَمُ أَحَدَهُمَا مِنْ ضَمَانِ غَصْبٍ**[٥] ......

ألَّا يكون لأحد الشُّركاء مالٌ خارجٌ عن مال الشَّركة؛ كما يشترط المساواة في الرِّبح.

أن تكون الشَّركة في عموم التِّجارات، ولا يختصُّ أحدهما بتجارةٍ دون شريكه؛ لأنَّ ذلك يبدل معنى المساواة في التَّصرُّف، وعند أبي يوسف: لا بأس بتفاوت التَّصرُّف في التِّجارة بين المسلم والذِّمِّيِّ، فالذِّمِّيُّ يبيع الخمر والخنزير، دون المسلم.

أن تكون بلفظ المفاوضة، أو ما يقوم مقامها من عبارةٍ تدلُّ على المقصود. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٦٠-٦٢، المعاملات الماليَّة المعاصرة ١٤/ ٨٤].

(١) إن لم يدخلا فيها كسبًا نادرًا كما يأتي.

(٢) لحديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا: «المسلمون على شروطهم»، رواه البخاريُّ معلَّقًا بصيغة الجزم، وعند الحنفيَّة يشترط التَّساوي في الرِّبح.

(٣) سواءٌ كان التَّلف أو النُّقصان في الثَّمن أو غير ذلك، وأمَّا في المضاربة؛ فعلى رأس المال.

(٤) أو مهر وطءٍ، أو هبةٍ، أو وصيَّةٍ، أو غير ذلك من الأكساب النَّادرة.

(٥) وهذا النَّوع الثَّاني من نوعي شركة المفاوضة: أن يدخلا فيها الأكساب النَّادرة؛ كوجدان لقطةٍ، أو وجدان ركازٍ، أو ما يحصل لهما من ميراثٍ، أو ما يلزم أحدهما من ضمان غصبٍ، أو أرش جنايةٍ، ونحو ذلك. [انظر: كشَّاف القناع: ٣/ ٥٣١].

أَوْ نَحْوِهِ[١]؛ فَسَدَتْ)[٢]؛ لكثرةِ الغررِ فيها، ولأنَّها تَضمَّنت كفالةً وغيرَها مما لا يَقتضِيه العقدُ.

  

(١) كضمان عاريّةٍ، وقيمة متلفٍ، وكتفريطٍ، وتَعَدٍّ، وتعدد بيعٍ فاسدٍ.

(٢) في كشَّاف القناع ٣/ ٥٣١: (ولكلٍّ منهما - أي: الشَّريكين - ربح ماله، وله أجرة عمله، وكذا ما يستفيده له وحده، ويختصُّ بضمان ما غصبه أو جناه، أو ضمنه عن الغير؛ لفساد الشَّركة، ولكل نفسٍ ما كسبت وعليها ما اكتسبت).

(بَابُ المُسَاقَاةِ)(١)

مِن السَّقْيِ؛ لأنَّه أهمُّ أمرِها بالحجازِ(٢).

وهي: دَفْعُ شَجرٍ له ثمرٌ مَأكولٌ - ولو غيرَ مَغروسٍ - إلى آخَرَ؛ ليَقومَ بسَقْيِه وما يحتاجُ إليه، بجزءٍ معلومٍ له مِن ثمرِه(٣).

---

(١) والمزارعة، والأصل فيهما السُّنَّة كما يأتي، وآثار الصَّحابة، والنَّظر الصَّحيح: فقد يملك الإنسان الشَّجر، لكن لا يملك العمل، وبالعكس، فاقتضى النَّظر الصَّحيح حلَّها، ويأتي كلام شيخ الإسلام في المزارعة.

(٢) مفاعلة من السَّقي؛ لأنَّ العامل يسقي الشَّجر؛ لأنَّه أهمُّ أمورهم؛ لأنَّهم يستقون من الآبار. [انظر: تحرير ألفاظ التَّنبيه ص ٢١٦، المطلع: ص ٢٦٢].

وأهل العراق يسمُّونها: المعاملة.

(٣) أو من الشَّجر والثَّمر، أو من الشَّجر.

ومن تعريفات الحنفيَّة، كما في حاشية ابن عابدين ٩/ ٣٤٤: (دفع الشَّجر إلى من يصلحه بجزءٍ من ثمره).

ومن تعريفات المالكيَّة، كما في منح الجليل ٧/ ٣٨٤: (عقدٌ على عمل مؤنة النبات بقدر لا من غير غلَّته، لا بلفظ بيعٍ، أو إجارةٍ، أو جُعلٍ).

وعند الشَّافعيَّة كما في حاشية الشَّرقاويِّ ٢/ ٧: (العقد على نخلٍ أو شجر عنبٍ لمن يتعهَّدهما بجزءٍ معلومٍ ممَّا يخرج منهما).

مسألةٌ: الفرق بين المضاربة والمساقاة:

أنَّ المضاربة عقدٌ جائزٌ عند جماهير العلماء بخلاف المساقاة فهي عقدٌ لازمٌ عندهم خلافًا للحنابلة.

المساقاة عقدٌ مؤقَّتٌ بخلاف عقد المضاربة فإنَّ جوازه يغني عن توقيته.

....

يشترط في المضاربة أن يكون رأس مال الشَّركة من النُّقود، ومن صحَّح المضاربة بالعروض اشترط أن تقَّوم عند العقد بالنُّقود، بخلاف المساقاة فإنَّها ليست بحاجةٍ إلى ذلك.

من الفروق أنَّ المضاربة تنعقد على التَّصرُّف في رأس المال بيعًا وشراءً بخلاف المساقاة فإنَّ العامل لا يحقُّ له التَّصرُّف في الأشجار في البيع والشِّراء، وإنَّما العقد متوجِّهٌ إلى العمل على سقي الأشجار وما يصلحها، وليس له الحقُّ في التَّصرُّف في العين.

من الفروق عند الحنابلة: أنَّ المضاربة لو فسخها المالك قبل ظهور الرِّبح لم يستحقَّ العامل شيئًا، وأمَّا المساقاة لو فسخها ربُّ الأشجار استحقَّ العامل أجرة عمله؛ لأنَّ الرِّبح في المضاربة لا يتولَّد من المال بنفسه، وإنَّما يتولَّد من العمل، ولم يحصل بعمله ربحٌ، والثَّمر متولِّدٌ من عين الشَّجر، وقد عمل على الشَّجر عملًا مؤثِّرًا في الثَّمر، فكان لعمله تأثيرٌ في حصول الثَّمرة وظهوره بعد الفسخ. [انظر: المعاملات الماليَّة المعاصرة ١٥/ ١٦٩].

مسألةٌ: هل المساقاة جاريةٌ على وفق القياس أم لا؟

القول الأوَّل: يرى أنَّ جواز المساقاة على خلاف القياس، وهو قول الجمهور.

القول الثَّاني: يرى أنَّ المساقاة جاريةٌ على وفق القياس، وهو قولٌ في مذهب الحنابلة، واختاره ابن تيميَّة وابن القيِّم.

قال ابن تيميَّة في مجموع الفتاوى ٢٠/ ٥٠٦: (فالذين قالوا: المضاربة والمساقاة والمزارعة على خلاف القياس: ظنُّوا أنَّ هذه العقود من جنس الإجارة لأنَّها عملٌ بعوضٍ، والإجارة يشترط فيها العلم بالعوض والمعوَّض، فلمَّا رأوا العمل في هذه العقود غير معلومٍ، والرِّبح فيها غير معلومٍ قالوا:

(تَصِحُّ)(١) المساقاةُ ....

تخالف القياس، وهذا من غلطهم؛ فإنَّ هذه العقود من جنس المشاركات لا من جنس المعاوضات الخاصَّة الَّتي يشترط فيها العلم بالعوضين، والمشاركات جنس غير جنس المعاوضة وإن قيل إنَّ فيها شوب المعاوضة).

مسألة: أركان المساقاة: عند الحنفيَّة: ركن المزارعة الإيجاب والقبول.

ويرى الجمهور أنَّ أركان المساقاة خمسةٌ:

صيغةٌ، وعاقدٌ، وشجرٌ، وعملٌ، وثمرٌ.

مسألةٌ: المذهب، وهو قولٌ للشَّافعيَّة: أنَّ المساقاة تنعقد بلفظ الإجارة.

وعند الشَّافعية في الأصحِّ، واختاره ابن القاسم من المالكيَّة: أنَّ المساقاة لا تنعقد بلفظ الإجارة. [انظر: بداية المجتهد ٤/ ٣٣، البيان في مذهب الإمام الشَّافعيِّ ٧/ ٢٦٣، كشَّاف القناع ٣/ ٥٣٣].

(١) فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ وبه قال أبو يوسف، ومحمَّدٌ من الحنفيَّة: أنَّ المساقاة جائزةٌ شرعًا؛ لما أورده المؤلِّف من حديث ابن عمر رضي الله عنه، وعمل الصَّحابة رضي الله عنهم.

وبالقياس على المضاربة، من حيث الشَّركة في النَّماء فقط، دون الأصل.

وعند أبي حنيفة: أنَّها غير مشروعةٍ؛ لحديث رافع بن خديجٍ رضي الله عنه، وفيه: «من كان له أرضٌ فليزرعها، أو ليُزْرِعها أخاه، ولا يكارها بثلثٍ، ولا ربعٍ، ولا بطعامٍ مسمًّى» رواه مسلمٌ.

وهذا الحديث، وإن كان واردًا في المزارعة، غير أنَّ معنى النَّهي، وهو الكراء بجزءٍ من الخارج من الأرض، واردٌ في المساقاة أيضًا. [انظر: بدائع الصَّنائع: ٦/ ١٧٥-١٨٥].

ولحديث أبي هريرة رضي الله عنه أنَّ النَّبيَّ ﷺ: «نهى عن بيع الغرر» رواه مسلمٌ. وغرر المساقاة متردِّدٌ بين ظهور الثَّمرة وعدمها، وبين قلَّتها وكثرتها، فكان الغرر

(عَلَى شَجَرٍ لَهُ ثَمَرٌ يُؤْكَلُ)(١)، مِن نخلٍ وغيرِه؛ ....

أعظم، فاقتضى أن يكون القول بإبطالها أحقَّ. [انظر: الحاوي ٩/ ١٦٣].

والرَّاجح قول جمهور أهل العلم؛ وحمل حديث رافعٍ ونحوه على الكراهة كما في نيل الأوطار ٥/ ٢٧٧، أو أنَّ ذلك كان في أوَّل الإسلام، أو أنَّ المنهيَّ عنه إذا اشترط لأحدهما شيءٌ معيَّنٌ.

وأمَّا الغرر فيأتي في كلام شيخ الإسلام أنَّ المساقاة آصلُ من المؤاجرة. [انظر: تهذيب السُّنن ٥/ ٥٨، والمبسوط ٢٣/ ١٧، حاشية ابن عابدين ٥/ ١٨١، المدوَّنة ٤/ ٢، الكافي لابن عبد البرِّ ٢/ ١٠٦، الحاوي ٩/ ١٦٤، كشَّاف القناع: ٣/ ٥٣٢].

(١) وهذا هو المذهب؛ لما استدلَّ به المؤلِّف.

وعند الحنفيَّة: لا يشترط في صحَّة المساقاة نوعٌ معيَّنٌ من الشَّجر، فالمثمر وغير المثمر سواءٌ في صحَّة العقد، فتصحُّ في الحَوَر، والصَّفصاف، وفيما يتَّخذ للسَّقف والحطب، كما تصحُّ في جميع البقول مثل الكرَّاث، والسَّلق، ونحو ذلك، والرِّطاب كالقثَّاء، والبطِّيخ، والرُّمان، والعنب، والسَّفرجل، فإن ساقى عليها قبل الجذاذ كان المقصود الرَّطبة، فيقع العقد على أوَّل جزَّةٍ، وإن ساقى بعد انتهاء جذاذها؛ كان المقصود البذر، فيصحُّ العقد باعتبار قصد البذر كما يقصد الثَّمر من الشَّجر، واستدلُّوا: بأنَّ الجواز للحاجة، وقد عمَّت، وأثر خيبر لا يخصُّها؛ لأنَّ أهلها كانوا يعملون في الأشجار والرِّطاب أيضًا.

وعند المالكيَّة: الشَّجر الَّذي يساقى على قسمين:

الأوَّل: ما له أصولٌ ثابتةٌ، ويشترط فيه شرطان:

أن يكون ممَّا يثمر في عامه، فلا يصحُّ في صغار الأشجار، وتصحُّ فيما كان في معنى الثَّمر من ذوات الأزهار والأوراق المنتفع بها، كالورد والياسمين.

أن يكون ممَّا لا يُخْلِف، وهو الَّذي إذا قطف منه ثمر لا يثمر في العام نفسه.

لحديثِ ابنِ عمرَ: «**عَامَلَ النَّبِيُّ ﷺ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يخْرُجُ مِنْهَا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ**»، متفقٌ عليه[1]، وقال أبو جعفرٍ[2]: «**عَامَلَ النَّبِيُّ ﷺ أَهْلَ خَيْبَرَ بِالشَّطْرِ، ثُمَّ أَبُو بَكْرٍ، ثُمَّ عُمَرُ، ثُمَّ عُثْمَانُ، ثُمَّ عَلِيٌّ، ثُمَّ أَهْلُوهُمْ إِلَى اليَوْمِ يُعْطُونَ الثُّلُثَ**

الثَّاني: ما ليست له أصولٌ ثابتةٌ؛ كالمقاثي، والزَّرع، وهذا تصحُّ مساقاته عند المالكيَّة، بالشُّروط الآتية:

أن يكون العقد بعد ظهورها.

أن يكون العقد قبل بدوِّ صلاح ثمرها.

أن يعجز ربُّ الأرض عن تعاهدها.

أن يكون ممَّا لا يُخْلِف بعد قطفه.

أن يخاف موتها لو ترك العمل فيها.

وعند الشَّافعيَّة: لا تصحُّ المساقاة إلَّا على النَّخيل والكرم، فلا تصحُّ على ما لا ساق له، كالبطِّيخ والقثَّاء والباذنجان، ولا تصحُّ أيضًا في القول الجديد على ما كان شجرًا غير النَّخل والكرم، وفي القديم: تصحُّ على جميع الأشجار.

ودليل اختصاص المساقاة في النَّخل والكَرْم: أنَّ النَّبيَّ ﷺ أخذ صدقة ثمرتها بالخرص، وثمرها مجتمعٌ بائنٌ من شجره، لا حائل دونه يمنع إحاطة النَّاظر إليه.

والأقرب: أنَّها تصحُّ على كلِّ شجرٍ ينتفع به. [انظر: تنوير الأبصار ٥/ ١٨٣، العناية على الهداية ٨/ ٣٩٩، مواهب الجليل ٥/ ٣٧٢، الشَّرح الكبير مع حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٥٤١، الحاوي ٩/ ١٦٩، شرح المحلِّي على المنهاج ٣/ ٦١، المغني ٧/ ٥٣١، المعاملات الماليَّة المعاصرة ١٥/ ١٧٥].

(١) رواه البخاري (٢٣٢٨)، ومسلم (١٥٥١).

(٢) أبو جعفر: محمَّد بن عليِّ بن الحسين بن عليِّ بن أبي طالبٍ، ثقةٌ، فاضلٌ، توفِّي سنة ١١٥ هـ.

أَوِ الرُّبُعَ»(١).

ولا تصحُّ على ما لا ثَمرَ له؛ كالحَوَرِ(٢)، أو له ثمرٌ غيرُ مأكولٍ؛ كالصَّنَوْبَرِ(٣)، والقَرَظِ(٤).

(وَ) تصحُّ المساقاةُ أيضًا (**عَلَى**) شجرٍ ذي (**ثَمَرَةٍ مَوْجُودَةٍ**) لم تكمُلْ تُنَمَّى بالعملِ(٥)؛ كالمزارعةِ على زرعٍ نابتٍ؛ لأنَّها إذا جازت في المعدومِ مع كثرةِ

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (٢١٢٣١) من طريق ابن أبي زائدة، عن حجاج، عن أبي جعفر. قال ابن القيم: (وهذا أمر صحيح مشهور). [انظر: تهذيب السنن ٢/ ١٣١].

(٢) في لسان العرب ٤/ ٢٢٢: (والحَوَر بفتح الواو نبتٌ).

(٣) في المصباح ٢/ ٣٤٨: (الصَّنوبر: وزان سفرجلٍ شجرٌ معروفٌ، ويتَّخذ منه الزِّفت).

(٤) في المصباح ٢/ ٤٩٩: (القَرَظ: حبٌّ معروفٌ يخرج في غُلُفٍ؛ كالعدس من شجر العِضَاه...).

وتقدَّم مذهب الحنفيَّة: صحَّة المساقاة على كل شجرٍ مثمرٍ، أو غير مثمرٍ.

مسألةٌ: المساقاة على الوَدِيِّ وصغار الشَّجر:

مذهب الحنفيَّة، والشَّافعيَّة، والحنابلة: تصحُّ المساقاة على الودي وصغار الشَّجر إن ساقاه إلى مدَّةٍ يحمل فيها غالبًا.

وعند المالكيَّة في قولٍ: لا تصحُّ المساقاة على الودي وصغار الشَّجر مطلقًا.

وعند بعض المالكيَّة: تصحُّ المساقاة إن كان صغار الشَّجر تبعًا لشجرٍ يثمر في عامه، وكان قليلًا. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٥) أي: تزيد به الثَّمرة؛ كالتَّأبير، والسَّقي، وإصلاح الثَّمرة، وفي الإفصاح ٢/ ٤٧: (واختلفوا هل تجوز المساقاة على ثمرةٍ موجودةٍ؟ فقال مالكٌ: يجوز ما

الغررِ؛ ففي الموجودِ وقلّةِ الغررِ أَوْلَى.

(وَ) تصحُّ أيضًا (عَلَى شَجَرٍ يَغْرِسُهُ) في أرضِ ربِّ الشجرِ، (وَيَعْمَلُ عَلَيْهِ حَتَّى يُثْمِرَ)[١]؛ احتجَّ الإمامُ بحديثِ خيبرَ؛ ولأنَّ العِوَضَ والعملَ مَعلومان؛ فصحَّت؛ كالمساقاةِ على شَجرٍ مغروسٍ.

(بِجُزْءٍ مِنَ الثَّمَرَةِ) مُشاعٍ معلومٍ[٢]، وهو مُتعلِّقٌ بقوله: (تَصِحُّ)، فلو شَرَطَا في المساقاةِ الكلَّ لأحدِهما، ....

لم تَزْهُ، فإذا زَهَتْ وجاز بيعها فإنَّه لا تجوز المساقاة.

وعن الشَّافعيِّ قولان: الجديد منهما: أنَّها لا تجوز، وعن أحمد روايتان: أظهرهما: الجواز).

وجه القول بالصِّحَّة: لأنَّ الثَّمرة بعد ظهورها بحاجة إلى السَّقي.

ودليل المنع: لأنَّه إذا ظهرت الثَّمرة زالت الحاجة، فلم تجز.

(١) وهذا هو المذهب، فعلى المذهب يكون الغرس من ربِّ الأرض، فإن شرطه على العامل؛ فحكمه حكم المزارعة إذا شرط البذر من العامل.

وقيل: لا تصحُّ، قال القاضي: المعاملة باطلةٌ. [انظر: الإنصاف مع الشَّرح: ١٤/ ١٩٤].

(٢) وهذا باتِّفاق الأئمَّة، قال الباجيُّ في المنتقى ٥/ ١٢٥: (ولا يجوز أن ينعقد - يعني عقد المساقاة - على أوسقٍ مقدَّرةٍ، ولا خلاف في ذلك نعلمه). [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ١٨٦، القوانين الفقهيَّة ص ١٨٤، حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٥٤٠، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٦، كشَّاف القناع: ٣/ ٥٣٥].

مسألةٌ: إذا قال المالك: ساقيتك على أنَّ الثَّمرة كلَّها لي، أو كلُّها لك: فالجمهور أنَّ ذلك لا يصحَّ.

وذهب المالكيَّة: إلى صحَّة أن تكون الثَّمرة كلُّها للعامل، أو كلُّها للمالك. [انظر: المصادر السَّابقة]، وتقدَّم في المضاربة.

أو آصُعًا مَعلومةً، أو ثَمرةَ شجرةٍ معينةٍ؛ لم تصحَّ[(١)].

وتصحُّ المناصَبَةُ والمغارَسَةُ، وهي: دَفعُ أرضٍ وشجرٍ لمن يَغرِسُه - كما تقدَّم[(٢)] - بجزءٍ مشاعٍ معلومٍ مِن الشجرِ[(٣)].

---

(١) لما روى رافع بن خديج ﵁ قال: «إنَّما كان النَّاس يؤاجرون على عهد رسول الله ﷺ بما على الماذِيَانَاتِ، وأَقْبال الجَداول، وأشياء من الزَّرع، فيهلِك هذا، ويسلم هذا، ويسلم هذا، ويهلِك هذا، ولم يكن للنَّاس كراءٌ إلَّا هذا؛ فلذلك زجر عنه، فأمَّا شيءٌ معلومٌ مضمونٌ؛ فلا بأس به» رواه مسلمٌ.

وقوله: «الماذيانات»: ما ينبت على حافَة النَّهر، ومسايل الماء، وقوله: «وأقبال الجداول»: أي: السَّواقي. [انظر: النِّهاية في غريب الحديث ٤/٣١٣، نيل الأوطار ٥/٢٧٦].

قال شيخ الإسلام، كما في مجموع الفتاوى ٣٠/١٢١: (والَّذي نهى عنه النَّبيُّ ﷺ من المخابرة هو أنَّهم كانوا يعاملون ويشترطون للمالك منفعةً معيَّنةً من الأرض، وهذا باطلٌ بالاتِّفاق، كما لو اشترط دراهم مقدَّرةً في المضاربة، أو ربح صنفٍ بعينه من السِّلع، والمساقاة، والمزارعة، والمضاربة ليست من أنواع الإجارة الَّتي يشترط فيها تقدير العمل والأجرة، وإنَّما هي من جنس المشاركة، فإنَّهما يشتركان بمنفعة بدن هذا، ومنفعة مال هذا، وهما مشتركان في المغنم والمغرم).

(٢) في قوله: (وتصحُّ أيضًا على شجرٍ يغرسه).

(٣) في الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٤/١٩٧: (لو كان الاشتراك في الغراس والأرض؛ فسد وجهًا واحدًا، قاله المصنِّف - ابن قدامة - والشَّارح والنَّاظم وغيرهم، وقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: قياس المذهب صحَّته، قلت: وصحَّح المالكيُّون: المغارسة في الأرض الملك لا الوقف بشرط استحقاق العامل جزءًا من الأرض مع قسطٍ من الشَّجر).

(وَهُوَ)، أي: عَقدُ المساقاةِ والمغارسةِ والمزارعةِ؛ (عَقْدٌ جَائِزٌ)(١) مِن الطرفين؛ قِياسًا على المضاربةِ؛ لأنَّها عقدٌ على جزءٍ مِن النماءِ في المالِ، فلا تَفتقِرُ إلى ذِكْرِ مدَّةٍ(٢)، ....

---

(١) وهذا هو المذهب؛ لما علَّل به المؤلِّف، ولحديث ابن عمر رضي الله عنهما في معاملة النَّبيِّ ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمرٍ، أو زرعٍ، وفيه: «نقرُّكم على ذلك ما نشاء» متَّفقٌ عليه، ولو كانت عقدًا لازمًا؛ لم يجز أن تكون الخيرة للمسلمين في مدَّة إقرارهم، ولما جاز - أيضًا - أن تكون من غير توقيتٍ.

وعند جمهور أهل العلم: أنَّها عقدٌ لازمٌ، لا خيرة لواحدٍ من المتعاقدين في فسخه؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾، ولأنَّها كالإجارة من حيث ورود العقد على عملٍ يتعلَّق بالعين مع بقائها.

وأجيب عن حديث ابن عمر: بأنَّ النَّبيَّ ﷺ لم يرد إقرار اليهود في جزيرة العرب، ولذلك أمر بإخراجهم آخر حياته. [انظر: المبسوط ٢٣/ ١٠١، بدائع الصَّنائع ٦/ ١٨٥، الشَّرح الكبير للدَّردير ٣/ ٥٤٥، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٩، كشَّاف القناع ٣/ ٥٣٧، المعاملات الماليَّة المعاصرة ١٥/ ١٨٧].

واختلف القائلون بأنَّ المساقاة عقدٌ لازمٌ فيما تلزم به المساقاة؟

القول الأوَّل: أنَّ المساقاة تلزم بالعقد، وإن لم يشرع في العمل كسائر العقود اللَّازمة، وهو قول الأكثر.

القول الثَّاني: تلزم المساقاة بالشُّروع في العمل، وهو قولٌ في مذهب المالكيَّة.

القول الثَّالث: تلزم بالحوز، وهو قولٌ آخر في مذهب المالكيَّة. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٢) قال ابن قدامة في المغني ٧/ ٥٤٣: (فأمَّا إن قلنا: إنَّه عقدٌ لازمٌ فلا يصحُّ

. . . .

إلَّا على مدَّةٍ معلومةٍ، وبهذا قال الشَّافعيُّ، وقال أبو ثورٍ: تصحُّ من غير ذكر مدَّةٍ، ويقع على سنةٍ واحدةٍ، وأجازه بعض أهل الكوفة استحسانًا؛ لأنَّه لـمَّا شرط له جزءًا من الثَّمرة كان ذلك دليلًا على أنَّه أراد مدَّةً تحصل الثَّمرة فيها، ولنا أنَّه عقدٌ لازمٌ، فوجب تقديره بمدَّةٍ، كالإجارة، ولأنَّ المساقاة أشبه بالإجارة، لأنَّها تقتضي العمل على العين مع بقائها، ولأنَّها إذا وقعت مطلقةً، لم يمكن حملها على إطلاقها مع لزومها؛ لأنَّه يفضي إلى أنَّ العامل يستبدُّ بالشَّجر كلَّ مدَّته، فيصير كالمالك، ولا يمكن تقديره بالسَّنة؛ لأنَّه تحكُّمٌ، وقد تكمل الثَّمرة في أقلَّ من السَّنة، فعلى هذا لا تتقدَّر أكثر المدَّة، بل يجوز ما يتَّفقان عليه من المدَّة الَّتي يبقى الشَّجر فيها وإن طالت)

مسألةٌ: في اشتراط أن تكون المساقاة إلى أجلٍ معلومٍ:

القول الأوَّل: تصحُّ المساقاة مطلقةً ولو لم تذكر المدَّة استحسانًا، وتقع على أوَّل ثمرةٍ تخرج، وهذا مذهب الجمهور خلافًا للشَّافعيَّة.

وعلَّل الحنفيَّة الجواز بأمرين:

الأوَّل: أنَّ وقت إدراك الثَّمر معلومٌ، والتَّفاوت اليسير معفوٌّ عنه.

الثَّاني: الاعتبار بعمل النَّاس، فإنَّهم يتعاملون بذلك من غير بيان مدَّةٍ.

وعند الحنابلة العقد جائز، والعقد الجائز يستغنى بجوازه عن توقيته.

القول الثَّاني: ذهب الشَّافعيَّة، وبعض المالكيَّة إلى أنَّ المساقاة لا تجوز إلَّا على مدَّةٍ معلومةٍ. [انظر: البحر الرَّائق ٨/ ١٨٧، القوانين الفقهيَّة ص١٨٤، المهذَّب ١/ ٣٩١، كشَّاف القناع ٣/ ٥٣٧، المعاملات الماليَّة المعاصرة ١٥/ ١٩٠].

مسألةٌ: في أكثر مدَّة المساقاة:

القول الأوَّل: يصحُّ عقد المساقاة سنين عديدةً، وليس لذلك حدٌّ إلَّا أنَّه لا يطول جدًّا، وهذا مذهب الجمهور، وقولٌ في مذهب الحنابلة.

ولكلٍّ منهما فَسخُها متى شاء[١].

(فَإِنْ فَسَخَ المَالِكُ قَبْلَ ظُهُورِ الثَّمَرَةِ؛ فَلِلعَامِلِ الأُجْرَةُ)، أي: أُجرةُ مِثلِه؛ لأنَّه مَنعَه مِن إتمامِ عملِه الذي يَستحِقُّ به العِوضَ[٢].

(وَإِنْ فَسَخَهَا هُوَ)، أي: فَسَخ العامِلُ المساقاةَ قبلَ ظهورِ الثمرةِ؛ (فَلَا شَيْءَ لَهُ)؛ ....

القول الثَّاني: اختلف الشَّافعيَّة في أكثر مدَّة المساقاة، فقيل: لا تجوز بأكثر من سنةٍ، وقيل: تجوز ما بقيت العين، وقيل: تجوز ثلاثين سنةً.

القول الثَّالث: ذهب الحنابلة في المشهور إلى أنَّ المساقاة عقدٌ جائزٌ، فلا حاجة إلى توقيتها بمدَّةٍ معيَّنةٍ؛ لأنَّه ﷺ لم يضرب لأهل خيبر مدَّةً، ولا خلفاؤه من بعده، ولأنَّ التَّوقيت بمدَّةٍ معيَّنةٍ يحتاج إليه في العقود اللَّازمة بخلاف العقود الجائزة. [انظر: المصادر السَّابقة].

مسألةٌ: في أقلِّ مدَّة المساقاة:

ذهب عامَّة العلماء: أنَّه لا يجوز عقد المساقاة إلى مدَّةٍ لا تكتمل فيها الثَّمرة؛ لأنَّ المقصود أن يشتركا في الثَّمرة، فلا يجوز على مدَّةٍ أقلَّ منها.

وذهب المالكيَّة: أنَّه لا يجوز توقيتها بالشُّهور أو السِّنين العربيَّة، وإن عقداها لسنةٍ أو سنتين حملت على الجذاذ. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) على القول بأنَّها عقدٌ جائزٌ.

(٢) وهذا هو المذهب؛ لما علَّل به المؤلِّف، ولأنَّه عمل على الشَّجر عملًا مؤثِّرًا في الثَّمرة، فاستحقَّ أجرة مثله. [انظر: المصدر السَّابق].

وقال شيخ الإسلام، كما في الاختيارات ص ١٥١: (وإذا فسدت المزارعة، أو المساقاة، أو المضاربة، استحقَّ العامل نصيب المثل، وهو ما جرت به العادة في مثله، لا أجرة المثل)، وبه قال ابن القيِّم رحمه الله كما في الطُّرق الحكميَّة ص ٢٨٩- ٢٩٠.

لأنَّه رَضِيَ بإسقاطِ حقِّه(١).

وإن انفسخت بعدَ ظُهورِ الثمرةِ فهي بينهما على ما شَرَطَا، ويَلزَمُ العامِلَ تمامُ العملِ؛ كالمضارَبِ(٢).

---

(١) كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الرِّبح، وعامل الجِعالة إذا فسخ قبل إتمام العمل. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف: ١٤/ ٢٠٣].

قال شيخ الإسلام، كما في الاختيارات ص ١٤٩: (وإذا ترك العامل العمل حتَّى فسد الثَّمر، فينبغي أنَّه يجب عليه ضمان نصيب المالك، وينظر كم يجيء لو عمل بطريق الاجتهاد؟ كما يضمن لو يبس الشَّجر، وهذا لأنَّ تركه العمل من غير فسخ العقد حرامٌ وغررٌ).

(٢) كما يلزم المضارب بيع العروض إذا قسمت المضاربة بعد ظهور الرِّبح. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف: ١٤/ ٢٠٣].

فالمذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: أنَّ العامل يملك الثَّمرة بالظُّهور، وعليه فالزَّكاة واجبةٌ على العامل وعلى المالك كلٌّ بحسب نصيبه من الغلَّة بشرط أن يبلغ نصيب كلٍّ واحدٍ منهما نصابًا، ومن كان نصيبه أقلَّ من نصابٍ فلا شيء عليه باعتبار أنَّ الخلطة لا تؤثِّر في غير السَّائمة على الصَّحيح؛ لأنَّ الثَّمرة لـمَّا لم تكن وقايةً لرأس المال كما في القراض ملكت بالظُّهور.

وعند المالكيَّة: الزَّكاة لا تملك إلَّا بالقسمة، وعليه فالمال وقت وجوب الزَّكاة يملكه المالك. [انظر: المصادر السَّابقة].

مسألةٌ: فسخ العقد لعجز العامل:

القول الأوَّل: الأصل أنَّ العامل إذا أراد ترك العمل لا يمكَّن من ذلك، لكنَّه إذا عجز عن العمل بمرضٍ ونحوه فإنَّ هذا عذرٌ يجيز له فسخ العقد، وهذا مذهب الحنفيَّة؛ لأنَّ إلزامه بالعمل مع عجزه زيادة ضررٍ عليه، كما أنَّه يلحقه ضررٌ بإلزامه استئجار الأجراء، وهو لم يلتزمه في العقد.

. . . .

القول الثَّاني: إذا عجز السَّاقي، وقد حلَّ بيع الثَّمرة لم يجز أن يساقي غيره، ويستأجر من يعمل له، وإن كان قبل ذلك فالسَّاقي بالخيار: إن شاء سلَّم الحائط لربِّه، ولا يستحقُّ شيئًا مقابل عمله؛ لأنَّ المساقاة كالجعل لا يستحقُّ العامل شيئًا إلَّا بتمام العمل.

وله أن يدفع الحائط مساقاةً لعاملٍ آخر بمثل الجزء الَّذي سوقي عليه أو أقلَّ، ولو بغير إذن ربِّ الحائط، وهذا مذهب المالكيَّة.

القول الثَّالث: ذهب الشَّافعيَّة إلى تفصيلٍ طويلٍ، وألحقوا العجز بمرضٍ ونحوه بالهرب.

القول الرَّابع: ذهب الحنابلة بأنَّ العامل إذا عجز كان له أن يضمَّ غيره إليه ليعينه، ولا ينزع من يده، وإن عجز بالكليَّة أقام مقامه من يعمل، والأجرة عليه في الموضعين؛ لأنَّ عليه توفية العمل، وهذا من توفيته. [انظر: المصادر السَّابقة].

مسألةٌ: انفساخ المساقاة بالموت:

ذهب الحنفيَّة إلى أنَّ المساقاة تبطل بالموت؛ لأنَّها في معنى الإجارة، فإن حدث الموت قبل الشُّروع في المساقاة انفسخ العقد، وإن حدث بعد طيب الثِّمار انفسخ أيضًا، وقسمت الثَّمرة بينهما بحسب الاتِّفاق.

وعند المالكيَّة: لا تنفسخ المساقاة بموت واحدٍ منهما.

وعند الشَّافعيَّة: المساقاة لا تنفسخ بموت المالك، وأمَّا موت العامل فينظر: فإن كانت المساقاة على عين العامل فإنَّها تنفسخ بالموت لتعذُّرها بموته كالأجير المعيَّن، وإن كانت المساقاة في ذمَّته فوجهان: أحدهما: تنفسخ؛ لأنَّه لا يرضى بيد غيره، والثَّاني: وهو الصَّحيح، وعليه التَّفريع: لا تنفسخ بالموت.

وعند الحنابلة: المساقاة عقدٌ جائزٌ، فإذا مات العامل أو ربُّ المال

(وَيَلْزَمُ العَامِلَ كُلُّ مَا فِيهِ صَلَاحُ الثَّمَرَةِ؛ مِنْ حَرْثٍ، وَسَقْيٍ، وَزِبَارٍ)(١) ..

انفسخت المساقاة، وكان الحكم فيها كما لو فسخها أحدهما. [انظر: المصادر السَّابقة].

مسألةٌ: اختلف الفقهاء في عقد المساقاة إذا تبيَّن أنَّ الشَّجر مستحقٌّ من قبل مالكٍ آخر إلى قولين:

القول الأوَّل: ذهب الحنفيَّة، والشَّافعيَّة، والحنابلة بأنَّ الشَّجر إذا ظهر مستحقًّا، وفسخ المستحقُّ المساقاة فإنَّها تنفسخ.

فإن كان الاستحقاق حصل قبل العمل فلا شيء له.

وإن حصل بعد العمل وقرب ظهور الثَّمرة: فذهب الحنفيَّة إلى أنَّ العامل لا شيء له، كالمضاربة إذا فسخت قبل حصول الرِّبح.

وذهب الشَّافعيَّة والحنابلة: إلى أنَّ له أجر مثله على عمله وإن لم يخرج الشَّجر.

وإن حصل الاستحقاق بعد ظهور الثَّمرة فله أجرة المثل عند الثَّلاثة جميعًا.

واشترط الشَّافعيَّة والحنابلة: أن يكون جاهلًا بالحالّ، فإن كان عالمًا بالحالّ فلا شيء له.

القول الثَّاني: ذهب المالكية إلى أنَّ الحائط إذا ظهر مستحقًّا للغير خيِّر المالك بين إمضاء عقد المساقاة وبين فسخه لانكشاف الأمر أنَّ العاقد ليس أهلًا للعقد لعدم ملكه، وإذا اختير الفسخ دُفع للعامل كراء عمله.

وهذا القول أقوى والله أعلم. [انظر: حاشية ابن عابدين ٦/ ٢٨٦، حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٥٤٦، نهاية المحتاج ٥/ ٢٦٠، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٣٦، المعاملات الماليَّة المعاصرة ١٥/ ١٩٥].

(١) وهذا هو المذهب.

وعند الحنفيَّة: لا يخلو من حالين:

. . . .

الأوَّل: ما قبل الإدراك كسقيٍ، وتلقيحٍ، وحفظٍ للثِّمار باللَّيل والنَّهار، فعلى العامل حتَّى يطيب الثَّمر؛ لأنَّ عقد المعاملة قائمٌ بينهما ما لم يدرك الثَّمر، والحفظ من الأعمال الَّتي تستحقُّ على العامل بعقد المعاملة.

وما بعد الإدراك كجذاذٍ، وحصادٍ، وحفظٍ فعليهما على سبيل الاشتراك؛ لأنَّ العقد قد انتهى بإدراك الثَّمر، وبقي الثَّمر مشتركًا بينهما، فكان الحفظ بعد ذلك والجذاذ عليهما بقدر ملكيهما، ولو شرط على العامل فسدت اتِّفاقًا عندهم.

وما بعد القسمة كالحمل إلى البيت، والطَّحن، وأشباههما، فهذه ليست من أعمال المساقاة، فعليهما، لكن فيما هو قبل القسمة على سبيل الاشتراك، وفيما هو بعدها على كلٍّ واحدٍ منهما في نصيبه خاصَّةً؛ لتميُّز ملك كلٍّ واحدٍ منهما عن ملك الآخر. [انظر: الهداية ٤/ ٤٤، حاشية ابن عابدين ٩/ ٣٥١].

وعند المالكيَّة: قال ابن جزيٍّ في القوانين ١٨٤: (العمل بالحائط على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما لا يتعلَّق بالثَّمرة، فلا يلزم العامل بالعقد، ولا يجوز أن يشترط عليه.

الثَّاني: ما يتعلَّق بالثَّمرة، ويبقى بعدها كإنشاء حفر بئرٍ، أو عينٍ، أو ساقيةٍ، أو بناء بيتٍ يخزَّن فيه التَّمر، أو غرسٍ، فلا يلزمه أيضًا، ولا يجوز أن يشترط عليه.

الثَّالث: ما يتعلَّق بالثَّمرة، ولا يبقى، فهو عليه بالعقد، كالحفر، والزَّبر، والتَّقليم، والسَّقي، والتَّذكير، والجذاذ، وشبه ذلك).

وعند الشَّافعيَّة: قال الماوَرْديُّ: العمل المشروط في المساقاة على أربعة أضربٍ:

أحدها: ما يعود نفعه على الثَّمرة دون النَّخل، مثل إبار النَّخل، وتصريف

. . . .

الجريد، وتلقيح الثَّمرة، وجذاذها، فهذا ينقسم إلى ثلاثة أقسامٍ:

قسمٌ يجب على العامل فعله بغير شرطٍ، وهو كلُّ ما لا تحصل الثَّمرة إلَّا به كالتَّلقيح والإبار.

وقسمٌ لا يجب عليه فعله إلَّا بالشَّرط، وهو كلُّ ما فيه مستزادٌ للثَّمرة، وقد تصلح بعدمه كتصريف الجريد، وتدلية الثَّمرة.

وقسمٌ مختلَفٌ فيه، وهو كلُّ ما تكاملت الثَّمرة قبله؛ كاللِّقاط والجِذاذ، ففيه وجهان:

الأوَّل: أنَّه لا يجب على العامل إلَّا بالشَّرط، لتكامل الثَّمرة بعدمه.

الثَّاني: أنَّه يجب على العامل بغير شرطٍ؛ لأنَّ الثَّمرة لا تستغني عنه، وإن تكاملت قبله.

الضَّرب الثَّاني: ما يعود نفعه على النَّخل دون الثَّمرة، مثل شدِّ الحظائر، وحفر الآبار، وشقِّ السَّواقي، وكَرْيِ الأنهار، ونحو ذلك، فلا يجوز اشتراط شيءٍ من ذلك على العامل، فإن شرط؛ كان باطلًا، والمساقاة فاسدةٌ.

وقال بعض الشَّافعيَّة: يبطل الشَّرط وحده، دون المساقاة.

الضَّرب الثَّالث: ما يعود نفعه على النَّخل والثَّمرة؛ كالسَّقي، وقطع الحشيش المضرِّ، ونحو ذلك، فإن كان ممَّا لا تصلح الثَّمرة إلَّا به كالسَّقي فيما لا يشرب بعروقه من النَّخل حتَّى يسقى سيحًا؛ فهو على العامل، وإلَّا ففيه ثلاثة أوجهٍ:

الأوَّل: أنَّه واجبٌ على العامل بنفس العقد، واشتراطه تأكيدٌ، لما فيه من صلاح النَّخل، وزيادة الثَّمرة.

الثَّاني: أنَّه واجبٌ على ربِّ النَّخل، واشتراطه على العامل مبطلٌ للعقد؛ لأنَّه بصلاح النَّخل أخصُّ منه بصلاح الثَّمرة.

- بكسرِ الزايِ، وهو: قَطعُ الأغصانِ الرديئةِ مِن الكَرْمِ[١] -، (**وَتَلْقِيحٍ، وَتشْمِيسٍ**[٢]، **وَإِصْلَاحِ مَوْضِعِهِ**[٣]، **وَ**) إصلاحِ (**طُرُقِ المَاءِ، وَحَصَادٍ، وَنَحْوِهِ**)[٤]؛ كآلةِ حرثٍ، وبقَرِه، وتفريقِ زِبْلٍ[٥]، وقطعِ حشيشٍ مضرٍّ، وشجرٍ يابسٍ[٦]، وحفظِ ثمرٍ على شجرٍ إلى أنْ يُقسَمَ[٧].

(**وَعَلَى رَبِّ المَالِ مَا يُصْلِحُهُ**)، أي: ما يحفَظُ الأصلَ؛ (**كَسَدِّ حَائِطٍ**[٨]، **وَإِجْرَاءِ الأَنْهَارِ**)، وحفرِ البئرِ، (**وَالدُّولَابِ**[٩]، **وَنَحْوِهِ**)؛ كآلتِهِ التي تُديرُه،

الثَّالث: أنَّه لا يلزم واحدًا منهما، ويجوز اشتراطه على العامل؛ لما فيه من زيادة الثَّمرة، ويجوز اشتراطه على ربِّ النَّخل؛ لما فيه من صلاح النَّخل.

الضَّرب الرَّابع: ما لا يعود نفعه على النَّخل ولا على الثَّمرة؛ كاشتراطه على العامل أن ينبي له بيتًا أو يخدمه شهرًا، فهذه شروطٌ تنافي العقد وتمنع صحَّته، لعدم تعلُّقها بالعقد. [انظر: الحاوي ٩/ ١٧٩].

(١) وقطع ما يحتاج الشَّجر إلى قطعه كجريد النَّخل.

(٢) التَّلقيح: وضع الذَّكر في الأنثى، والتَّشميس: جعل الثَّمر في الشَّمس إذا كان محتاجًا إلى ذلك. [انظر: المطلع ص ٢٦٣].

(٣) أي: موضع التَّشميس، وكذا تصفية الزَّرع.

(٤) كجذاذٍ.

(٥) بكسرٍ فسكون: أي: سمادٍ. [انظر: المصباح ١/ ٢٥٠].

(٦) وعلى العامل آلة القطع.

(٧) ونقله إلى مكان حفظه، ولا يشترط تفصيل ما يلزم العامل من عمله، بل يحمل المطلق في كلِّ مكانٍ على عرفه الغالب.

(٨) بناؤه، أو بناء ما انهدم منه.

(٩) وهو ما تديره الدَّواب، وكذا آلته الَّتي تديره. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٥٤٠].

ودَوابِّه[١]، وشِراءِ ما يُلقَّحُ به، وتحصيلِ ماءٍ[٢]، وزِبْلٍ.

والجذاذُ عليهما بقَدْرِ حِصَّتيهِما[٣]، إلا أنْ يَشترِطَه على العامِلِ[٤].

والعامِلُ فيها كالمضارِبِ فيما يُقبَلُ ويُردُّ وغيرِ ذلك[٥].

---

(١) قال ابن قدامة كما في المغني ٧/ ٥٣٩: (فأمَّا البقرة الَّتي تدير الدُّولاب، فقال أصحابنا: هي على ربِّ المال؛ لأنَّها ليست من العمل وأشبهت ما يلقَّح به، والأَولى: أنَّها على العامل؛ لأنَّها تراد للعمل فأشبهت بقر الحرث).

(٢) ولو نفد لزمه الحفر.

(٣) وهذا هو المذهب، وهو مذهب الحنفيَّة.

وعلَّله الحنفيَّة: بأنَّه ليس من أعمال المساقاة؛ لانتهائها بالإدراك حتَّى لا يجوز اشتراطها على العامل؛ لأنَّه لا عرف في ذلك.

وعند المالكيَّة، والشَّافعيَّة، وروايةٌ عن الإمام أحمد: أنَّها على العامل؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ دفع خيبر إلى يهود؛ على أن يعملوها من أموالهم؛ ولأنَّه من العمل؛ فكان على العامل كالتَّشميس. [انظر: الهداية ٤/ ٤٤، الشّرح الكبير مع حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٥٤٤، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٩، المغني ٧/ ٥٤٠، الإنصاف ٥/ ٤٨٦].

(٤) لحديث أبي هريرة مرفوعًا: «المسلمون على شروطهم»، علَّقه البخاريُّ بصيغة الجزم، أو كان هناك عرفٌ، إذ المعروف عرفًا؛ كالمشروط لفظًا.

(٥) أي: والعامل في المساقاة والمزارعة كالمضارب فيما يقبل قوله فيه، وما يردُّ، وما يبطل العقد، وفي الجزء المقسوم، وهذا هو المذهب.

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٤/ ٢٢٣: (وإن ثبتت خيانته؛ ضمَّ إليه من يشارفه، فإن لم يمكن حفظه؛ استؤجر من ماله من يعمل العمل، وهذا بلا نزاعٍ، لكن: إن اتُّهم بالخيانة ولم تثبت؛ فقال المصنف - ابن قدامة -: يحلف كالمضارب. قلت: وهو الصَّواب، وقال غيرهم: للمالك ضمُّ أمينٍ بأجرةٍ من نفسه...).

(فَصْلٌ)

(وَتَصِحُّ المُزَارَعَةُ)(١)(٢)؛ لحديثِ خيبرَ السابِقِ، وهي: دَفْعُ أرضٍ وحبٍّ

فالمساقى أمينٌ؛ لأنَّه يتصرَّف في المال بإذن صاحبه، فلا يضمن ما تلف إلَّا أن يكون هناك تعدٍّ أو تفريطٌ، والقول قوله فيما يدَّعيه من هلاكٍ؛ لأنَّ ربَّ المال ائتمنه بدفع ماله إليه كالمضارب، وهذا بالاتِّفاق.

فإن ثبتت خيانته بإقرارٍ أو بيِّنةٍ أو نكولٍ كما لو حلف المدَّعي فنكل العامل، فقد اختلف العلماء في كون هذا سببًا يستحقُّ به فسخ المساقاة إلى ثلاثة أقوالٍ:

القول الأوَّل: ذهب الحنفيَّة أنَّ هذا عذرٌ تفسخ به المساقاة.

القول الثَّاني: ذهب المالكيَّة إلى أنَّه يتحفَّظ منه إن خاف، وليس له أن يخرجه، ويفسخ العقد، فإن لم يقدر على التَّحفُّظ شكاه للحاكم ليجبره على أن يساقي أو يكري لأمينٍ.

القول الثَّالث: ذهب الشَّافعيَّة والحنابلة إلى أنَّ للمالك أن يضمَّ إليه من يشرف عليه إلى أن يتمَّ العمل، ولا تزال يده؛ لأنَّ العمل حقٌّ عليه، ويمكن استيفاؤه منه بهذا وأجرة المشرف على العامل إن ثبتت خيانته، وإلَّا كان على المالك إن لم تثبت. [انظر: الهداية شرح البداية ٤/ ٦١، مواهب الجليل ٥/ ٣٨٨، الوسيط ٤/ ١٤٨، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٣٧، المعاملات الماليَّة المعاصرة ١٥/ ٢٠٦].

(١) والمزارعة في اللُّغة: من زرع الحبَّ زرعًا وزراعةً: بذره.

وزرع الله الحرث: أنبته وأنماه، وزارعه مزارعةً: عامله بالمزارعة. [انظر: المصباح ١/ ٢٥٢، لسان العرب مادَّة: زرع].

(٢) فالمذهب، وبه قال صاحبا أبي حنيفة: مشروعيَّة المزارعة مطلقًا؛ لحديث ابن عمر رضي الله عنهما: «أنَّ رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمرٍ

لمن يَزرعُه ويَقومُ عليه(١)، أو حبٍّ مَزروعٍ يُنَمَّى بالعملِ لمن يَقومُ عليه،

أو زرعٍ» متَّفقٌ عليه؛ ولإجماع الصَّحابة رضوان الله عليهم عليها قولًا وعملًا، ولم يخالف في ذلك أحدٌ منهم، وقياسًا على المضاربة؛ وللحاجة إليها فإنَّ صاحب المال قد لا يهتدي إلى العمل، والمهتدي إليه قد لا يجد المال؛ فقسَّمت الحاجة إلى انعقاد هذا العقد.

وعند أبي حنيفة: عدم جوازها مطلقًا؛ لما روى رافع بن خديجٍ ﷺ قال: كنَّا نخابر على عهد رسول الله ﷺ، فذكر أنَّ بعض عمومته أتاه فقال: نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعًا، وطواعية الله ورسوله أنفع لنا، قال: قلنا: وما ذاك؟ قال: قال رسول الله ﷺ: «من كانت له أرضٌ فليزرعها، أو ليُزرعها أخاه، ولا يكرها بثلثٍ، ولا ربعٍ، ولا بطعامٍ مسمًّى»، رواه مسلمٌ.

وعند الإمام مالكٍ: لا يجوز إعطاء الأرض مزارعةً إلَّا أن تكون أرضًا وشجرًا، ومقدار البياض من الأرض لا يزيد على ثلث مقدار الجميع.

وعند الشَّافعيَّة: تجوز المزارعة تبعًا للمساقاة، فتجوز في البياض بين النَّخل والعنب. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ١٧٥، المدوَّنة ٩/ ٥٥٢، الشَّرح الصَّغير ٢/ ٢٦٠، نهاية المحتاج ٥/ ٢٤٥، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٣، منتهى الإرادات ١/ ٤٧١].

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص ١٥٠: (والمزارعة أصَلُ من الإجارة؛ لاشتراكهما في المغرم والمغنم)، وتقدَّم الجواب عن حديث رافع بن خديجٍ أوَّل الباب. [وانظر: جواب ابن القيِّم في تهذيب السُّنن ٥/ ٥٨، ٦٢، ٦٤].

(١) ومن تعريفات الحنفيَّة: عقدٌ على الزَّرع ببعض الخارج بشرائطه الموضوعة له شرعًا.

ومن تعريفات المالكيَّة: الشَّركة في الزَّرع.

ومن تعريفات الشَّافعيَّة: عملٌ على أرضٍ ببعض ما يخرج منها، والبذر من

(**بِجُزْءٍ**) مشاعٍ (**مَعْلُومِ النِّسْبَةِ**)؛ كالثُّلُثِ أو الرُّبُعِ ونحوِه[1]، (**مِمَّا يخْرُجُ مِنَ الأَرْضِ لِرَبِّهَا**)، أي: لربِّ الأرضِ، (**أَوْ لِلعَامِلِ وَالبَاقِي لِلآخَرِ**)، أي: إن

المالك. [انظر: تكملة البحر الرَّائق ٨/ ١٨١، تبيين الحقائق ٥/ ٢٧٨، حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٣٧٢، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٤].

(١) كالنِّصف، أو أقلَّ، أو أكثر.

وتفسد المساقاة لو اشترط أحدهما ثمرة نخلٍ معيَّنٍ، أو اشترط نصيبًا معيَّنًا معلومًا كعشرة آصُعٍ، ومثله لو بان الحائط مستحقًّا للغير.

قال ابن رشدٍ في بداية المجتهد ٢/ ١٨٢: (واتَّفقوا على أنَّ المساقاة إذا وقعت على غير الوجه الَّذي جوَّزها الشَّرع أنَّها تنفسخ ما لم تفت بالعمل).

واختلفوا إذا فاتت بالعمل:

قيل: الثَّمر لمالك الأصل، وللعامل أجرة المثل في كلِّ أنواع الفساد، وهذا مذهب الحنفيَّة، والشَّافعيَّة، وروايةٌ عن مالكٍ، والمشهور من مذهب الحنابلة؛ لأنَّه نماء ماله، والخسارة عليه كذلك، والعامل في هذا العقد الفاسد أصبح أجيرًا وليس مساقيًا؛ والأجير إذا لم تكن الأجرة مسمَّاةً فإنَّه يستحقُّ أجرة المثل.

واستثنى الشَّافعيَّة مسألتين:

إذا ساقاه على أنَّ الثَّمرة كلَّها للمالك، فالمساقاة فاسدةٌ ومع ذلك لا يستحقُّ العامل أجرًا على الصَّحيح من المذهب؛ لأنَّه متبرِّعٌ.

ومثله إذا ساقاه على وَدِيٍّ مغروسٍ، وقدر مدَّةً لا يثمر فيها في العادة.

وقيل: للعامل مساقاة المثل مطلقًا، وهو رواية ابن الماجشون عن مالكٍ، وبه قال أشهب، قال ابن تيميَّة: إذا فسدت وجب له نصيب المثل، لا أجرة المثل، فيجب له من النَّماء ما جرت به العادة، ولا يجب له أجرةٌ مقدَّرةٌ فإنَّ ذلك قد يستغرق المال وأضعافه.

شُرِطَ الجزءُ المسمَّى لربِّ الأرضِ فالباقي للعامِلِ، وإن شُرِطَ للعامِلِ فالباقي لربِّ الأرضِ؛ لأنَّهما يَستحقَّانِ ذلك، فإذا عُيِّنَ نَصيبُ أحدِهِما منه؛ لَزِم أن يكونَ الباقي للآخَرِ.

(**وَلَا يُشْتَرَطُ**) في المزارعةِ والمغارَسةِ (**كَوْنُ البَذْرِ وَالغِرَاسِ مِنْ رَبِّ الأَرْضِ**)[١]، فيجوزُ أن يخرِجَه العامِلُ في قولِ عمرَ[٢]، ....

(١) فالمذهب، - كما سيأتي في كلام المؤلِّف -، وهو مذهب الشَّافعيَّة: يشترط كون البذر من ربِّ الأرض؛ لأنَّه عقدٌ يشترك ربُّ المال والعامل في نمائه، فوجب أن يكون رأس المال كلِّه من عند أحدهما؛ كالمساقاة والمضاربة.

وعند الحنفيَّة: يجوز أن يكون البذر من المزارع، ويجوز أن يكون من صاحب الأرض، ولا يجوز أن يكون منهما، فيجب بيان من عليه البذر.

وعند المالكيَّة: يجوز أن يكون البذر من أيِّهما، ومنهما معًا؛ بشرط ألَّا يكون مقابل الأرض لئلا يؤدي إلى كراء الأرض بممنوعٍ، وهو مقابلة الأرض بطعامٍ، أو بما تنبته ولو لم يكن طعامًا؛ كالقطن والكتَّان. [انظر: المبسوط ١٩/٢٣، بدائع الصَّنائع ٥/١٧٧، حاشية الدُّسوقيِّ ٣/٣٧٣، الخرشيِّ ٦/٦٣، روضة الطَّالبين ٥/١٧١، الإنصاف ٥/٤٨٣].

(٢) علقه البخاري بصيغة الجزم، باب: المزارعة بالشطر ونحوه، (٣/١٠٤)، ووصله ابن أبي شيبة (٣٧٠١٦)، من طريق أبي خالد الأحمر، عن يحيى بن سعيد: «أن عمر أجلى أهل نجران اليهود والنصارى، واشترى بياض أرضهم وكرومهم، فعامل عمر الناس: إن هم جاؤوا بالبقر والحديد من عندهم فلهم الثلثان ولعمر الثلث، وإن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وعاملهم النخل على أن لهم الخمس ولعمر أربعة أخماس، وعاملهم الكرم على أن لهم الثلث ولعمر الثلثان»، وهذا مرسل.

وابنِ مسعودٍ(١)، وغيرِهِما(٢)، ونصَّ عليه في روايةِ مُهنَّا(٣)، وصحَّحه في المغني(٤)، والشَّرحِ(٥)، واختاره أبو محمدٍ الجوزي(٦)، والشيخُ تقيُّ الدينِ(٧)، (**وَعَلَيْهِ عَمَلُ النَّاسِ**)؛ لأنَّ الأصلَ المعوَّلَ عليه في المزارعةِ قصةُ

ورواه الطحاوي (٥٩٦٠)، والبيهقي (١١٧٤٠) من طريق يحيى بن سعيد الأنصاري، أخبرهم عن إسماعيل بن أبي حكيم، عن عمر بن عبد العزيز بنحوه. قال ابن حجر: (وهذا مرسل أيضًا فيتقوى أحدهما بالآخر). [انظر: فتح الباري ٥/ ١٢].

(١) رواه عبد الرزاق (١٤٤٧٠)، والطحاوي (٥٩٥٨)، والبيهقي (١١٧٩٥) من طريق إبراهيم بن مهاجر، عن موسى بن طلحة قال: «فرأيت جارَيَّ سعدًا وابن مسعود يعطيان أرضيهما بالثلث»، وإبراهيم بن مهاجر صدوق لين الحفظ. [انظر: تقريب التهذيب ص٩٤].

(٢) من ذلك ما جاء عن ابن عمر: رواه ابن أبي شيبة (٢١٢٣٣)، والطحاوي (٥٩٦٥) من طريق ابن أبي زائدة، وأبي الأحوص، عن كليب بن وائل، قال: قلت لابن عمر: رجل له أرض وماء، ليس له بذر ولا بقر، فأعطاني أرضه بالنصف، فزرعتها ببذري وبقري، ثم قاسمته على النصف، قال: «حسن»، وإسناده صحيح.

(٣) «المغني»: ٧/ ٥٦٢.

(٤) «المغني»: ٧/ ٥٦٢.

(٥) [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٤/ ٢٤١].

(٦) [انظر: الإنصاف ٥/ ٤٨٣].

(٧) مجموع الفتاوى: ٣٠/ ١٢١، وقال: (وكذلك يجوز، على أصحِّ القولين في مذهب أحمد وغيره، أن يكون البذر من العامل، كما فعل النَّبيُّ ﷺ مع أهل خيبر، وتشبيه ذلك بمال المضاربة فاسدٌ، فإنَّ البذر لا يعود إلى باذره كما يعود

خَيبرَ، ولم يَذكُر النبيُّ ﷺ أنَّ البذرَ على المسلمين.

وظاهِرُ المذهبِ: اشتراطُه، نصَّ عليه في روايةِ جماعةٍ، واختاره عامَّةُ الأصحابِ[1]، وقدَّمه في التَّنقيحِ[2]، وتَبِعه المصنِّفُ في الإقناعِ[3]، وقَطَع به في المنتهى[4].

وإن شَرَط ربُّ الأرضِ أنْ يَأخُذَ مِثلَ بَذرِه ويَقتسِما الباقيَ؛ لم يصحَّ[5].

مال المالك). وعند ابن القيِّم: أنَّ المزارعة الَّتي يكون فيها البذر من العامل أَولى بالجواز من المزارعة الَّتي يكون فيها البذر من ربِّ الأرض. [انظر: الطُّرق الحكميَّة ص ٢٨٦، زاد المعاد ٣/٣٠٦].

(١) الإنصاف: ٥/ ٤٨٣.

(٢) ص ٢١٨.

(٣) ٢/ ٢٨١.

(٤) المنتهى مع شرحه ٢/ ٣٤٦.

(٥) في الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٤/ ٢٤٦: (هذا هو المذهب، نصَّ عليه، وعليه الأصحاب، وفي الشَّرح الكبير: لأنَّ الأرض ربَّما لا تخرج إلَّا تلك القفزان فيختصُّ ربُّ المال بها... ويتوجَّه تخريجٌ من المضاربة، وجوَّز الشَّيخ تقيُّ الدِّين أخذ البذر، أو بعضه بطريق القرض، وقال: يلزم من اعتبر البذر من ربِّ الأرض وإلَّا فقوله فاسدٌ، وقال أيضًا: تجوز كالمضاربة، وكاقتسامها ما يبقى بعد الكلف، وقال أيضًا: ويتبع في الكلف السُّلطانيَّة العرف ما لم يكن شرطٌ، واشتراط عمل الآخر حتَّى يثمر ببعضه، قال: وما طلب من قريةٍ من وظائف سلطانيَّة ونحوها فعلى قدر الأموال، وإن وضعت على الزَّرع؛ فعلى ربِّه، أو على العقار؛ فعلى ربِّه، ما لم يشترطه على مستأجرٍ، وإن وضع مطلقًا؛ رجع إلى العادة).

وإن كان في الأرضِ شجرٌ، فزارَعَه على الأرضِ، وساقاهُ على الشجرِ؛ صحَّ[(١)]، وكذا لو أجَّرَه الأرضَ وساقاهُ على شجرِها، فيصحُّ[(٢)]؛ ما لم يُتَّخَذْ حيلةً على بيعِ الثمرةِ قبلَ بُدوِّ صلاحِها[(٣)].

وتصحُّ مساقاةٌ ومزارعةٌ بلفظِهما، ولفظِ: المعاملةِ، وما في معنى

---

(١) في الإنصاف: «بلا نزاعٍ».

وفي الشَّرح الكبير: (سواءٌ قلَّ بياض الأرض أو كثر؛ نصَّ عليه أحمد، وقال: قد دفع النَّبيُّ ﷺ خيبر على هذا). [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف: ١٤/ ٢٣٨].

(٢) لأنَّهما عقدان يجوز إفراد كلٍّ واحدٍ منهما، فجاز الجمع بينهما؛ كالبيع والإجارة. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٣) وصورة الحيلة: أن يَأْجُرَه الأرض بأكثر من أجرتها، ويساقيه على الشَّجر بجزءٍ من ألف جزءٍ ونحوه. [انظر: الإقناع: ٢/ ٢٨١].

مسألةٌ: اختلف الفقهاء في اشتراط كون الخارج في المزارعة مشتركًا بين المالك والمزارع:

فذهب الحنفيَّة، والحنابلة: إلى اشتراط أن يكون الخارج مشتركًا بين صاحب الأرض والمزارع، فإن اشترط أن يكون الخارج من الأرض لأحدهما فسد العقد؛ لأنَّ معنى الشَّركة لازمٌ لهذا العقد، وكلُّ شرطٍ يكون قاطعًا للشَّركة يكون مفسدًا للعقد.

وذهب المالكيَّة: إلى التَّفريق بين أن يكون ذلك قبل لزوم العقد أو بعده، فإن زارعه على أنَّ الرِّبح كلَّه له قبل لزوم العقد لم يصحَّ؛ لأنَّ من شرط صحَّة المزارعة عندهم التَّساوي في الرِّبح، كلٌّ بقدر ما أخرج، وإن كان ذلك بعد لزوم العقد صحَّ؛ لأنَّه من قبيل التَّبرُّع. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ١٧٧، الخرشيّ ٦/ ٦٥، كشَّاف القناع ٣/ ٥٤٢].

ذلك[١]، ولفظِ: إجارةٍ[٢]؛ لأنَّه مُؤدٍّ للمعنى.

وتصحُّ إجارةُ أرضٍ بجزءٍ مشاعٍ مما يخرُجُ منها[٣]، فإن لم تُزرَعْ نُظِرَ إلى

(١) كالمفالحة، وكالعمل ببستاني، أو تعهُّد نخلي، أو اسقه، وتقدَّم حديث ابن عمر رضي الله عنهما قريبًا: «عامل النَّبيُّ ﷺ أهل خيبر...» متَّفقٌ عليه؛ لأنَّ القصد المعنى، فإذا دلَّ عليه بأيِّ لفظ كان؛ صحَّ، وصفة القبول بما يدلُّ عليه من قول، **وبالمعاطاة خلافًا للشَّافعيَّة، وتقدَّم في البيع.**

(٢) فلو قال: استأجرتك لتعمل على هذا الحائط بنصف ثمرته أو زرعه؛ صحَّ، ولا يكون إجارةً.

(٣) كأَجَرْتك هذه الأرض بربع ما يخرج منها من زرع مثلًا، وهي إجارةٌ يشترط لها شروط الإجارة.

تجوز إجارة الأرض بالذَّهب والفضَّة، وسائر العروض غير المطعوم في قول عامَّة أهل العلم؛ لما روى رافع بن خديجٍ: «أمَّا الذَّهب والورق فلم ينهنا، - يعني - النَّبيَّ ﷺ» متَّفقٌ عليه، ولما رواه عبد الكريم الجزريُّ قال: قلت لسعيد بن جبيرٍ: إنَّ عكرمة يزعم أنَّ كراء الأرض لا يصلح، فقال: كذب عكرمة سمعت ابن عبَّاسٍ يقول: «إنَّ خير ما أنتم صانعون في الأرض البيضاء أن تكروا الأرض البيضاء بالذَّهب والفضَّة»، رواه البخاريُّ معلَّقًا بصيغة الجزم، وصله عبد الرَّزَّاق (١٤٤٤٧)، وإسناده صحيحٌ.

فأمَّا إجارتها بطعامٍ؛ فتنقسم ثلاثة أقسامٍ:

أحدها: أن يُؤْجِرَ بطعامٍ معلومٍ غير الخارج منها، فيجوز، نصَّ عليه، وهو قول أكثر أهل العلم، ومنع منه مالكٌ حتى منع إجارتها باللَّبن والعسل، وروى ظهير بن رافعٍ قال: دعاني رسول الله ﷺ، فقال: «ما تصنعون بمحاقلكم؟ قلت: نؤاجرها على الرُّبع، أو على الأوسق من التَّمر أو الشَّعير، قال: «لا تفعلوا، ازرعوها أو أمسكوا» متَّفقٌ عليه، لكن يحمل المنع على المسمَّى الخارج منها.

مُعدَّلِ المُغَلِّ، فيجبُ القِسطُ المسمَّى[١].

  

الثَّاني: إجارتها بطعامٍ معلومٍ من جنس ما يزرع فيها؛ كإجارتها بقفزان حنطةٍ ليزرعها، ففيه روايتان:

الأولى: المنع، وهي قول مالكٍ؛ لأنَّه ذريعةٌ إلى المزارعة عليها بشيءٍ معلومٍ من الخارج منها.

والثَّانية: الجواز، وهي قول أبي حنيفة والشَّافعيِّ؛ لما تقدَّم في القسم الأوَّل.

الثَّالث: إجارتها بجزءٍ مشاعٍ ممَّا يخرج منها؛ كنصفٍ وثلثٍ، فالمنصوص عن أحمد جوازه، وهو قول أكثر الأصحاب، واختار أبو الخطَّاب: لا تصحُّ، وهو قول أبي حنيفة والشَّافعيَ. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٤/٢٥٨].

(١) قوله: «مَعدِل المغلِّ» من إضافة الصِّفة إلى الموصوف، أي: إلى المغلِّ المعدل. أي: الموازن منها لو زرعت، والمراد غلَّتها في العادة، فيجب في الأرض القسط المسمَّى في العقد.

مسألةٌ: في تحديد مقدار البذر:

ذهب الحنابلة: إلى أنَّ معرفة مقدار البذر شرطٌ كمعرفة جنسه، ويغني عن ذلك تقدير المكان وتعيينه.

وعند الحنفيَّة: لا يشترط؛ لأنَّ مثل هذا يصير معلومًا بمعرفة الأرض. [انظر: المصادر السَّابقة].

(بَابُ الإِجَارَةِ)(١)

مُشتقةٌ مِن الأَجْرِ، وهو العِوضُ(٢)، ومنه سُمِّيَ الثَّوابُ أجرًا.

---

(١) أي: باب أحكام الإجارة.

(٢) الإجارة: بكسر الهمزة على المشهور، اسمٌ للأجرة، وهي كراء الأجير، ونقل الضَّمُّ، والفتح فهي مثلَّثةٌ، والأجرة: الكراء والكروة.

والأجر: عوض العمل، وجمعه أجورٌ، وجمع الجمع: أُجُرٌ. [انظر: القاموس ١/ ٣٦٢، لسان العرب ٤/ ١٠، المصباح ١/ ٥].

والأصل في جواز الإجارة: الكتاب: كما في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾.

ومن السُّنَّة: حديث أبي هريرة ﷺ: «ثلاثةٌ أنا خصمهم يوم القيامة»، وعدَّ منهم: «رجلًا استأجر أجيرًا فاستوفى منه، ولم يعطه أجره»، رواه البخاريُّ.

وأمَّا الإجماع: فقد أجمعت الأمَّة على العمل بها. [انظر: الإجماع لابن المنذر: ص ١٢٨].

وأمَّا النَّظر: فلأنَّ الإجارة وسيلةٌ للتَّيسير على النَّاس في الحصول على ما يبتغونه من المنافع الَّتي لا ملك لهم في أعيانها، فالحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فالفقير محتاجٌ إلى مال الغنيِّ، والغنيُّ محتاجٌ إلى عمل الفقير، ومراعاة حاجة النَّاس أصلٌ في جواز العقود.

وخالف الأصمُّ: فقال: لا تجوز؛ لأنَّ الإجارة بيع المنفعة، والمنافع للحال معدومة، والمعدوم لا يحتمل البيع، فلا يجوز إضافة البيع إلى ما يؤخذ في المستقبل كإضافة البيع إلى أعيان تؤخذ في المستقبل.

ونوقش: بأنَّ القول بأنَّ المعدوم لا يحتمل البيع هذا غير مسلَّمٍ. [المبسوط

....

١٥/ ٧٤، بدائع الصَّنائع ٤/ ١٧٤، بداية المجتهد ٢/ ٢٤٠، شرح المنتهى ١٨٣].

مسألةٌ: خصائص الإجارة:

الأوَّل: أنَّه عقدٌ رضائيٌّ، لا ينعقد إلَّا برضا الطَّرفين.

الثَّاني: أنَّه من عقود المعاوضات، فبذل المنفعة في مقابل الأجرة كما يبذل المبيع في مقابل الثَّمن.

الثَّالث: أنَّه عقدٌ مؤقَّتٌ سواءٌ كان التَّوقيت بمدَّةٍ معيَّنةٍ أو بإنجاز عملٍ معيَّنٍ.

الرَّابع: أنَّه عقدٌ لازمٌ على الصَّحيح، لا ينفسخ إلَّا برضا الطَّرفين، وقيل: عقدٌ جائزٌ.

الخامس: أطلق بعض الفقهاء على عقد الإجارة أنَّه عقد بيعٍ إلَّا أنَّه من قبيل بيع المنافع، والصَّحيح أنَّ البيع يختلف عن الإجارة في بعض الأحكام، منها:

أنَّ البيع تمليكٌ للرَّقبة والمنفعة تمليكًا مؤبَّدًا، والإجارة تمليكٌ للمنفعة فقط تمليكًا مؤقَّتًا.

إذا ملك المشتري المبيع كان ضمانه عليه إذا قبضه مطلقًا، وكذا على الصَّحيح إذا لم يقبضه، ولم يكن فيه حقُّ توفيةٍ من كيلٍ أو وزنٍ أو عدٍّ أو ذَرْعٍ، وأمَّا العين المستأجرة إذا قبضها المستأجر فضمانها على المُؤْجِر، فإذا تلفت العين انفسخ العقد فيما بقي.

الإجارة الموصوفة في الذِّمَّة يجوز فيها تأجيل العوضين على الصَّحيح، ولا يدخلها بيع الدَّين بالدَّين، والمبيع الموصوف في الذِّمَّة لا يجوز تأجيل الثَّمن كالسَّلم.

العوض يملك في البيع بالقبض ملكًا مستقرًّا وأمَّا في الإجارة فلا يستقرُّ العوض إلَّا بمضيِّ المدَّة، أو إنجاز العمل.

وهي: عقْدٌ على منفعةٍ(١) ....

ليس كلُّ ما يجوز إجارته يجوز بيعه، فالحرُّ تجوز إجارته، ولا يجوز بيعه، وكذا الوقف تجوز إجارته دون بيعه، ومثلهما أمُّ الولد. [انظر: المعاملات الماليَّة: أصالةٌ ومعاصرةٌ ٩/ ١٩].

(١) فالمذهب وهو قول جمهور أهل العلم: أنَّ مورد عقد الإجارة المنافع؛ لأنَّها هي الَّتي يجوز التَّصرُّف فيها.

وعند بعض الشَّافعيَّة كأبي إسحاق المروزيِّ: هو العين؛ لأنَّ المنافع معدومةٌ.

وعند شيخ الإسلام وابن القيِّم: أنَّ مورد العقد: كلُّ ما يتجدَّد ويحدث بدله مع بقاء العين سواءٌ كان عينًا أو منفعةً؛ كماء البئر، ولبن الظِّئر وغير ذلك. [انظر: تبيين الحقائق ٥/ ١٢٧، مواهب الجليل ٥/ ٤١٠، مغني المحتاج ٢/ ٣٣٣، كشَّاف القناع ٣/ ٥٤٦].

قال ابن القيِّم في الهدي ٥/ ٨٢٥: (... منع كون عقد الإجارة لا يرد إلَّا على منفعةٍ فإنَّ هذا ليس ثابتًا بالكتاب ولا السُّنَّة ولا بالإجماع، بل الثَّابت عن الصَّحابة خلافه؛ كما صحَّ عن عمر أنَّه قبل حديقة أُسَيد بن الحُضَير ثلاث سنين وأخذ الأجرة... فهذه إجارة الشَّجر لأخذ ثمرها... وغاية ما معكم قياس محلِّ النِّزاع على إجارة الخبز للأكل والماء للشُّرب؛ وهذا من أفسد القياس؛ فإنَّ الخبز تذهب عينه ولا يستخلف،... بخلاف اللَّبن، ونقع البئر فإنَّه يستخلف ويحدث شيئًا فشيئًا كان بمنزلة النَّافع).

وهل الإجارة على وفق القياس أو على خلاف القياس؟

جمهور أهل العلم: أنَّها على خلاف القياس؛ إذ هي بيعٌ للمعدوم.

وعند شيخ الإسلام وابن القيِّم: أنَّها على وفق القياس؛ وأنَّ بيع المعدوم الَّذي أبطلته الأدلَّة هو الوارد على الأعيان الَّتي يمكن أن توجد عند التَّعاقد، أمَّا

مباحةٍ معلومةٍ[(١)] مِن عينٍ معيَّنةٍ أو مَوصوفةٍ في الذمَّةِ مدَّةً معلومةً، أو عملٍ معلومٍ بعوضٍ معلومٍ[(٢)].

وتَنعقِدُ بلفظِ: الإجارةِ، والكراءِ[(٣)]، وما في معناهما[(٤)]، ....

الإجارة فإنَّها ترد على منافع يتعذَّر وجودها عند التَّعاقد. [انظر: نتائج الأفكار ٧/ ١٤٧، مجموع الفتاوى ٣/ ١٩٨، إعلام الموقِّعين ١/ ٤٥٤، كشَّاف القناع ٣/ ٥٤٧].

(١) قوله: «مباحةٍ» أخرج المحرَّمة ويأتي؛ وقوله: «معلومةٍ» أخرج المجهولة.

*أركان الإجارة:

عند الحنفيَّة: الصِّيغة فقط: الإيجاب والقبول.

وعند الجمهور: الصِّيغة: الإيجاب والقبول.

والعاقدان: المُؤْجِر والمستأجر.

والمحلُّ: المنفعة والأجرة.

فرعٌ: يشترط في عقد الإجارة ما يشترط في عقد البيع من أهليَّة العاقد، وكونه مختارًا، وكونه مالكًا؛ إذ الإجارة بيع منافع، وتصحُّ إجارةُ الفضوليِّ بالإجازة كما تقدَّم في البيع.

(٢) فالإجارة ضربان: الأوَّل: أن تكون من عينٍ معيَّنةٍ كآجرتك هذه السَّيارة، أو موصوفةً في الذِّمَّة كآجرتك سيارةً صفتها كذا وكذا.

الثَّاني: أن تكون على عملٍ معلومٍ؛ كبناء حائطٍ، أو حمل متاعٍ إلى موضع كذا، ونحو ذلك.

(٣) كآجرتك أو أكريتك؛ لأنَّ هذين اللَّفظين موضوعان لها، وهذا باتِّفاق الفقهاء.

(٤) مثل أن يقول: أعرتك هذه الدَّار شهرًا بكذا؛ لأنَّ العاريّة بعوضٍ إجارةٌ، أو وهبتك منافعها بكذا، أو ملَّكتك منافعها بكذا، أو صالحتك على أن تسكنها

وبلفظِ: بيعٍ إن لم يُضَف للعينِ(١).

لمدَّة شهرٍ بكذا، ونحو ذلك.

(١) نحو: بعتك منفعتها، وهذا هو المذهب، وهو الأظهر عند الحنفيَّة، ومذهب المالكيَّة؛ لأنَّه تمليكٌ يتقسَّط العوض فيه على المعوَّض كالبيع، فانعقد بلفظه؛ ولحديث سعيد بن ميناء، قال: سمعت جابرًا ﷺ يقول: إنَّ رسول الله ﷺ قال: «من كان له فضل أرضٍ فليزرعها أو ليُزرعها أخاه، ولا تبيعوها، فقلت لسعيدٍ: ما قوله: ولا تبيعوها، يعني الكراء؟ قال: نعم». رواه مسلمٌ (١٥٣٦)، فدلَّ على صحَّة إطلاق لفظ البيع على الإجارة؛ ولأنَّ الألفاظ مقصودةٌ لغيرها، ومعاني العقود هي الَّتي تراد لأجلها.

وفي قولٍ للحنفيَّة، وهو مذهب الشَّافعيَّة: لا تنعقد الإجارة بلفظ: بعتك منفعتها؛ لأنَّ لفظ البيع وضع لتمليك العين، فذِكْرُه في المنفعة مفسدٌ، ولأنَّ الإجارة تخالف البيع في الاسم والحكم. [انظر: حاشية ابن عابدين ٥/ ٣، المهذَّب ١/ ٣٩٥، نهاية المحتاج ٣/ ٢٦٠، الإنصاف ٦/ ٤].

وعند شيخ الإسلام: أنَّ العقود تنعقد بما دلَّ عليه العرف من قولٍ أو فعلٍ متعاقبٍ أو متراخٍ، وتقدَّم أوَّل البيع.

وكذا عند ابن القيِّم؛ تنعقد بأيِّ لفظٍ يعرفه المتعاقدان، ومن ذلك لفظ البيع. [انظر: إعلام الموقِّعين ٢/ ٤].

وهل تنعقد الإجارة بالمعاطاة؟

المذهب، وهو قول أهل العلم: أنَّ الإجارة تنعقد بالمعاطاة.

وقيَّد بعض الحنفيَّة الجواز بالأشياء الخسيسة دون النَّفيسة.

وعند الشَّافعيَّة: المنع، إلَّا مع دلالة الحال كمن يبيت في الخان فإنَّه يكون بأجرٍ، وبناءً على هذا لو دفع ثوبًا إلى خيَّاطٍ ليخيطه، ولم يذكر أحدهما أجرةً؛ فلا أجرة له، وقيل: له أجرة مثله، وقيل: إن كان معروفًا بذلك العمل؛ فله

. . . .

أجرة مثله، وإلَّا فلا. [انظر: بدائع الصَّنائع ٥/ ١٣٤، حاشية ابن عابدين ٥/ ٤، مواهب الجليل ٥/ ٣٩٠، الشَّرح الصغير ٤/ ٨، نهاية المحتاج ٣/ ٣٦٤، المغني مع الشَّرح الكبير ٦/ ٥].

مسألةٌ: حكم التَّعليق في عقد الإجارة:

ذهب الأئمَّة إلى أنَّه لا يصحُّ تعليق عقد الإجارة على شرطٍ مطلقًا.

واستدلُّوا بأدلَّةٍ، منها:

الأصل في عقد الإجارة وفي عقود المعاوضات الماليَّة أن يترتَّب عليه أثره في الحال، والتَّعليق يمنع ذلك.

ونوقش: بأنَّ شرط الخيار - وهو مجمعٌ على جوازه - تعليق للعقد، فما الفرق بين هذا وبين التَّعليق على شرطٍ.

أنَّ في التَّعليق معنى القمار والمخاطرة، حيث يتردَّد العقد بين الوجود إذا تحقَّق الشَّرط، أو العدم إذا لم يتحقَّق.

ونوقش: بأنَّ العقد المعلَّق ليس فيه غررٌ ولا قمارٌ، غاية ما فيه أنَّ التَّعليق ينقل العقد من كونه لازمًا إلى كونه جائزًا.

ولأنَّ انتقال الملك يعتمد على الرِّضا، والرِّضا إنَّما يكون مع الجزم، ولا جزم مع التَّعليق.

ونوقش: بأنَّ هذا دعوَى بلا دليلٍ، فالعاقدان في العقد المعلَّق قد تمَّ برضا الطَّرفين، ولم يُكرَه أحدٌ منهما على العقد.

وعند أحمد، وهو اختيار ابن تيميَّة، وابن القيِّم: يجوز تعليق البيع على شرطٍ مطلقًا؛ لأنَّ الأصل في الشُّروط الصِّحَّة والجواز؛ ولما رواه البخاريُّ في صحيحه معلَّقًا بصيغة الجزم قال: (عامل عمر النَّاس على إن جاء عمر بالبذر فله الشَّطر، وإن جاؤوا بالبذر فلهم كذا). [انظر: فتح القدير ٦/ ٤٤٧، الفروق ١/ ٢٢٩، المهذَّب ١/ ٢٦٦، الإنصاف ٤/ ٣٥٦].

و(تَصِحُّ) الإجارةُ (بِثَلَاثَةِ شُرُوطٍ):

أحدُها: (مَعْرِفَةُ المَنْفَعَةِ)؛ لأنَّها المعقودُ عليها، فاشتُرِط العِلمُ بها؛ كالمبيعِ[(١)].

وتحصُلُ المعرِفةُ: إما بالعُرفِ؛ (كَسُكْنَى دَارٍ)[(٢)]؛ لأنَّها لا تُكرى إلا لذلك، فلا يَعمَلُ فيها حِدادةً ولا قِصارةً[(٣)]، ولا يُسْكِنُها دابَّةً[(٤)]، ولا يجعلُها مخزنًا لطعامٍ[(٥)]، ويَدخُلُ ماءُ بئرٍ تَبعًا[(٦)]، وله إسكانُ ضيفٍ وزائرٍ[(٧)]، .....

---

(١) اشتراط أن تكون المنفعة معلومةً متَّفقٌ عليه عند الفقهاء، ويدلُّ لهذا ما تقدَّم من الدَّليل على اشتراط العلم بالمبيع في كتاب البيع؛ ولقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾، والرِّضا لا يتوجَّه إلَّا إلى معلومٍ. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٢) يعني إلى شهرٍ مثلًا، فلا يحتاج إلى ذكر صفة سكناها، إذ هي معروفةٌ بين النَّاس، والتَّفاوت فيها يسيرٌ، فلم يحتج إلى ضبطها. [انظر: الهداية ٣/ ٢٤١، تبيين الحقائق ٥/ ١١٣، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/ ٢٣، الشَّرح الصَّغير ٤/ ٣٩، المغني ٨/ ١٤].

(٣) في المصباح ٢/ ٥٠٥: (قصرت الثَّوب قصرًا بيَّضتة، والقِصارة بالكسر: الصِّناعة والفاعل قصَّارٌ).

(٤) إن لم تكن قرينة كالدَّار الواسعة الَّتي فيها إصطبلٌ عملًا بالعرف.

(٥) لأنَّ الجرذ يخرق حيطانها، ويجلب النَّمل، والعرف لا يقتضيه. [انظر: كشاف القناع: ٣/ ٤٥٨].

(٦) يأتي قريبًا.

(٧) فإن شرط المُؤْجِر على المستأجر ألَّا يسكن معه غيره؛ فالمذهب، ومذهب المالكيَّة: صحَّة الشَّرط؛ إذ المسلمون على شروطهم.

وعند الحنفيَّة: صحَّة العقد، وبطلان الشَّرط.

(وَ) كـ (خِدْمَةِ آدَمِيٍّ)، فيخدِمُ ما جرت به العادةُ مِن ليلٍ ونهارٍ(١)، وإن استأجر حُرةً أو أمةً صَرَفَ وَجْهَه عن النَّظرِ(٢).

(وَ) يصحُّ استئجارُ آدميٍّ لعملٍ معلومٍ(٣)؛ ....

وعند الشَّافعيَّة: فساد الشَّرط والعقد؛ لأنَّ الشَّرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعةٌ للمُؤْجِر، فيفسد ويفسد العقد. [انظر: فتح القدير ٧/ ١٦٥، حاشية ابن عابدين ٥/١٧، شرح الخرشيِّ ٧/ ٥٠، نهاية المحتاج ٦/ ٢٧٧، كشَّاف القناع ٣/ ٤٥٨].

(١) كتحديد أوقات العمل بالسَّاعات، ونحو ذلك.

(٢) فالمذهب: يجوز للأجنبيِّ استئجار الأمَةِ والحرَّة للخدمة؛ لأنَّها منفعةٌ مباحةٌ، ولكن لا يخلو بها، ولا ينظر إليها.

وعند الحنفيَّة: يكره للأعزب استئجار الأجنبيَّة للخدمة.

وعند المالكيَّة: لا يجوز استئجار الأعزب ولو كان مأمونًا، فإن كان له أهلٌ جاز إن كان مأمونًا، وكذا المرأة الَّتي لا أرب للرِّجال فيها، أو شابَّةٌ ومستأجرها شيخٌ كبيرٌ فيجوز.

وعند الشَّافعيَّة: يحرم ذلك.

والأقرب: أنَّه إن علم أو ظنَّ أنَّه سيقع في المعصية؛ حرم عليه ذلك. [انظر: درر الحكَّام ١/ ٥٥٦، بدائع الصَّنائع ٤/ ١٨٩، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/ ٢١، أسنى المطالب ٢/ ٤١٠، كشَّاف القناع ٣/ ٥٤٨].

(٣) المذهب، ومذهب الحنفيَّة، والشَّافعيَّة: عدم جواز الجمع بين تقدير الزَّمن والعمل؛ لأنَّ الإجارة جُوِّزَت للحاجة وفيها غررٌ يسيرٌ، والجمع بين العمل والزَّمن يزيدها غررًا؛ لأنَّ المستأجر قد ينتهي قبل المدَّة، وقد تنتهي المدَّة قبل العمل.

وعن الإمام أحمد: جواز الجمع بين المدَّة والعمل، لعدم الغرر بل

كـ (تَعْلِيمِ عِلْمٍ)[١]، وخياطةِ ثوبٍ أو قصارتِه، أو ليدلَّ على طريقٍ[٢] ونحوِه؛ لما في البخاري عن عائشةَ في حديثِ الهجرةِ: «**وَاسْتَأْجَرَ رَسُولُ اللهِ ﷺ وَأَبُو بَكْرٍ رَجُلًا**[٣] **مِنْ بَنِي الدِّلِ هَادِيًا خِرِّيتًا**»[٤]، والخرِّيتُ: الماهِرُ بالهدايةِ[٥].

وإما بالوصفِ؛ كحَمْلِ زُبْرَةِ حديدٍ وزنُها كذا إلى موضِعٍ معيَّنٍ، وبناءِ حائطٍ يَذكُرُ طُولَه، وعرضَه، وسَمْكَه، وآلَته.

استعجالٌ للعمل وحثٌّ عليه، ولأنَّ الأصل في المعاملات الحِلُّ. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) اختلف العلماء في حكم أخذ الأجرة على تعليم العلوم الشَّرعيَّة:

فالمذهب، وهو المفتى به عند الحنفيَّة، ومذهب الشَّافعيَّة، وابن حزمٍ: جواز ذلك، لكن قيَّد الشَّافعيَّة والحنابلة: أن تكون مسائل معلومةً.

وأصل المذهب عند الحنفيَّة: عدم الجواز.

وعند المالكيَّة: يجوز مع الكراهة. [انظر: بدائع الصَّنائع ٤/ ٤٩١، الدُّرُّ المختار ٦/ ٥٥، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/ ٨١، منح الجليل ٧/ ٤٨٧، أسنى المطالب ٢/ ٤١، الفروع ٤/ ٤٣٥]، وتأتي الأدلَّة قريبًا.

وأكثر الفقهاء - حتَّى من منع من أخذ الأجرة على تعليم العلوم الشَّرعيَّة - قال بجواز أخذ الجِعالة، وأخذ الرِّزق من بيت المال. [انظر: الفروع ٤/ ٤٣٦].

أمَّا العلوم الَّتي لا يشترط أن يكون فاعلها من أهل القربة - أي: الطَّاعة - كتعليم الخطِّ والحساب ونحو ذلك؛ فيجوز أخذ الأجرة عليه باتِّفاق الأئمَّة.

(٢) معلومٍ لا مجهول.

(٣) وفيه استئجار المسلم للكافر هداية الطَّريق إذا أمنه.

(٤) رواه البخاري (٢٢٦٣).

(٥) الَّذي يهتدي لأَخْراتِ المفازة، وهي طرقها الخفيَّة.

الشرطُ (الثَّاني: مَعْرِفَةُ الأُجْرَةِ)[(١)] ....

مسألةٌ: إجارة الحليِّ بشيءٍ من جنسه:

القول الأوَّل: يصحُّ، وهو مذهب الجمهور؛ لأنَّ العقد في الإجارة واردٌ على المنفعة، وليس على العين، فالعين باقيةٌ على ملك صاحبها، واللُّبس والتَّزيُّن لا يعتبر ذهبًا حتَّى يمنع من إجارته بالذَّهب.

القول الثَّاني: لا يصحُّ إجارته بشيءٍ من جنسه، وهو وجهٌ مرجوحٌ في مذهب الشَّافعيَّة، وروايةٌ عن أحمد؛ لأنَّ عقد الإجارة واردٌ على العين، والمنفعة تبعٌ، وهي مسألةٌ خلافيَّة سبقت؛ ولأنَّ الذَّهب يحتكُّ بالاستعمال، فيذهب منه أجزاءٌ ولو كانت يسيرةً، فتكون الأجرة في مقابل أمرين: الانتفاع بها، وما يذهب من عينها مقابل الاستعمال، فيؤدِّي ذلك إلى بيع ذهبٍ بذهبٍ وشيءٍ آخر.

ونوقش: بأنَّ ذلك يسيرٌ، وأيضًا: لو أنَّ هذا المقدار الفائت معتبرٌ لما جاز إجارة حليِّ الذَّهب بالفضَّة، وقد حكى الماوَرْديُّ الإجماع على صحَّته.

القول الثَّالث: يكره، وهو المشهور من مذهب المالكيَّة. [انظر: المبسوط ١٥/ ١٧٠، شرح الخرشيِّ ٧/ ١٨، المجموع ٥/ ٥٢٨، المبدع ٥/ ٦٩، المعاملات الماليَّة المعاصرة ٩/ ١٢].

(١) باتِّفاق الأئمَّة في الجملة. [انظر: الاختيار ٢/ ٥١، الفتاوى الهنديَّة ٤/ ٤١٢، الشَّرح الصَّغير ٤/ ١٥٩، نهاية المحتاج ٥/ ٣٢٢، كشَّاف القناع ٣/ ٥٥١].

ودليل هذا: ما تقدَّم من الدَّليل على اشتراط العلم بثمن المبيع. [انظر: كتاب البيع/ باب شروط البيع]. وما تقدَّم من الدَّليل على اشتراط العلم بالمنفعة.

وأجاز ابن القيِّم: جهالة الإجارة تبعًا للمدَّة. [انظر: إعلام الموقعين ٣/ ٩٤، ٣٥٤، ٣٥٨]، وتقدَّم عن شيخ الإسلام في البيع/ باب شروط البيع.

بما تحصُلُ به معرفةُ[1] الثمنِ؛ لحديثِ أحمدَ عن أبي سعيدٍ: «**أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ اسْتِئْجَارِ الأَجِيرِ حَتَّى يُبَيِّنَ لَهُ أَجْرُهُ**»[2].

فإن أَجَرَه الدَّارَ بعمارتِها أو عِوضٍ معلومٍ، وشَرَط عليه عمارتَها خارِجًا عن الأجرةِ؛ لم تصحَّ[3].

ولو أَجَرَها بمعيَّنٍ على أن يُنفِقَ المستأجِرُ ما تحتاجُ إليه محتسِبًا به مِن الأجرةِ؛ صحَّ[4].

والأجرة: العوض الَّذي يعطى مقابل منفعة الأعيان، أو منفعة الآدميِّ. [انظر: درر الحكَّام ١/ ٤٤١].

(١) وتقدَّم في كتاب البيع.

(٢) رواه أحمد (١١٥٦٥) من طريق حماد بن سلمة، عن حماد بن أبي سليمان، عن إبراهيم، عن أبي سعيد الخدري ﷺ: «أن النبي ﷺ نهى عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره»، قال البيهقي: (وهو مرسل بين إبراهيم وأبي سعيد)، وقال ابن حجر: (وإبراهيم النخعي لم يدرك أبا سعيد ولا أبا هريرة، أي: لم يسمع)، وبهذه العلة ضعَّفه الهيثمي، وابن الملقن، والألباني. [انظر: السنن الكبرى ٦/ ١٩٨، مجمع الزوائد ٤/ ٩٧، البدر المنير ٧/ ٣٩، الدراية ٢/ ١٨٧، الإرواء ٥/ ٣١١].

(٣) في حاشية العنقريِّ ٢/ ٢٩٧: (قوله: لم تصحَّ؛ أي: للجهالة، قال في جمع الجوامع: إذا آجره الدَّار ونحوها مدَّةً بعمارتها، ويفعل هذا كثيرًا في الأوقاف بالقياس، وقاعدة المذهب: أنَّه لا يصحُّ؛ لأنَّ الأجرة غير معلومةٍ، والعمارة قد تزيد وقد تنقص، وقد يقول المُؤْجِر: أردت عمارة أحسن من هذا).

(٤) في حاشية العنقريِّ ٢/ ٢٩٧: (قوله: صحَّ؛ لأنَّ الإصلاح على المالك وقد وكَّله فيه...).

إذا قام المستأجر بصيانة العين المستأجرة، فذلك له حالاتٌ:

....

الحال الأولى: أن يقوم المستأجر بصيانة العين وعمارتها دون أن يشرط عليه ذلك، ودون إذنٍ من المُؤْجِر، فهذا جائزٌ، وهل يحقُّ له الرُّجوع على المُؤْجِر؟

إن كان قد فعل ذلك متبرِّعًا فلا رجوع، وهذا ظاهرٌ.

وإن كان قد فعل ذلك بنيَّة الرُّجوع، فهذا راجعٌ إلى مسألةٍ: هل المُؤْجِر ملزمٌ بالصِّيانة؟ فمن رأى أنَّ المؤجر ليس ملزمًا بالصِّيانة فإنَّه لا يرى أنَّ المستأجر من حقِّه الرُّجوع، وهذا قول الأئمَّة الأربعة.

ومن رأى أنَّه ملزمٌ بالإصلاح مطلقًا فإنَّه يرى أنَّ من حقِّ المستأجر الرُّجوع على المُؤْجِر؛ لأنَّه قد قام بما يجب على المؤجر القيام به، وهذا قولٌ في مذهب المالكيَّة، وقولٌ في مذهب الحنابلة، واختيار ابن تيميَّة.

ومن قال: إنَّ المؤجر ملزمٌ بإصلاح اليسير دون الكثير، سيكون من حقِّ المستأجر الرُّجوع إذا كانت الصِّيانة لا تحتاج إلى إضافة عينٍ جديدةٍ، وإنَّما في حدود تعديل مائلٍ، وإصلاح منكسرٍ.

الحال الثَّانية: أن يُؤْجِرَ الرَّجل الدَّار بدراهم معلومةٍ على أن ينفق المستأجر ما تحتاج إليه من صيانةٍ محتسبًا ذلك من كرائها: فمذهب المالكيَّة، والحنابلة إلى الجواز.

ومنع من ذلك الشَّافعيَّة؛ لأنَّ ذلك عملٌ مجهولٌ.

الحال الثَّالثة: أن يشترط المكري على المكتري صيانة العين، فهذا له حكمان:

الأوَّل: أن يشترط مبلغًا معلومًا يضاف إلى الأجرة للصِّيانة لا يزاد عليه، أو كان التَّرميم مبيَّنًا معلومًا، ولم يعلَّق بالحاجة، واستأجرها على أن يقوم بذلك مرَّة أو مرَّتين في السَّنة، فإنَّ ذلك جائزٌ.

الثَّاني: أن يشترط المكري على المكتري الصِّيانة كلَّما احتاجت العين إلى

(وَتَصِحُّ) الإجارةُ (فِي الأَجِيرِ وَالظِّئْرِ[1] بِطَعَامِهِمَا وَكِسْوَتِهِمَا)[2]؛ .....

ذلك: فالجمهور لا يجوز؛ لأنَّ ذلك شرطٌ مخالفٌ لمقتضى العقد؛ إذ الصِّيانة واجبةٌ على المُؤْجِر، وليست على المستأجر؛ ولأنَّ هذه الصِّيانة جزءٌ من الأجرة، وهي مجهولةٌ، فتجعل الإجارة مجهولةً.

القول الثَّاني: تخريج القول بجواز اشتراط الصِّيانة بناءً على صحَّة اشتراط الضَّمان على المستأجر وإن لم يتعدَّ أو لم يفرِّط، فالضَّمان يعني صحَّة اشتراط الصِّيانة؛ لأنَّ الصِّيانة للعين وترميمها يعني المحافظة على العين والقيام بما يلحق العين من تلفٍ. [انظر: المبسوط ١٥/ ١٤٤، المدوَّنة ٤/ ٥٠٩، روضة الطَّالبين ٥/ ١٧٥، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٤٤، المعاملات الماليَّة ٩/ ٢١].

(١) الظِّئر: المرضع. [انظر: المطلع ص ٢٦٤].

قال ابن قدامة في المغني ٥/ ٢٨٧: (أجمع أهل العلم على جواز استئجار الظِّئر).

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكيَّة؛ لما استدلَّ به المؤلِّف، ولما ورد عن أبي هريرة ﵁ أنَّه قال: «كنت أجيرًا لابنة غزوان بطعام بطني، وعُقْبَةِ رجلي، أَحطِبُ لهم إذا نزلوا، وأحدوا بهم إذا ركبوا» رواه ابن ماجه وصحَّحه في الزَّوائد؛ ولأنَّه عوض منفعةٍ فقام العرف فيه مقام التَّسمية.

وإن تشاحَّا في مقدار الطَّعام والكسوة رجع في القوت إلى الإطعام في الكفَّارات، وفي الكسوة إلى أقلِّ ملبوس مثله، أو يحكم العرف.

وعند الحنفيَّة: لا يجوز ذلك في الأجير؛ لما في ذلك من الجهالة في الأجر، ويجوز في الظِّئر.

وعند الشَّافعيَّة، وصاحبي أبي حنيفة: لا يجوز ذلك مطلقًا للجهالة، ومِن شرط الأجر أن يكون معلومًا. [انظر: الهداية: ٣/ ٢٤١، شرح الخرشيِّ ٧/ ١٤، حاشية الصَّاوي: ٤/ ٥٥، كشَّاف القناع: ٣/ ٥٥٢].

....

فإن سمَّى الطَّعام وقدره، ووصف جنس الكسوة وذرعها؛ جاز بالاتِّفاق.

مسألةٌ: العقد على الرَّضاع هل يدخل فيه الحضانة؟

إذا شرطت الحضانة على المرضع، أو كان العرف يقضي بذلك فإنَّ الحضانة على المرضع؛ لأنَّ المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا.

وأمَّا إذا أطلق العقد، ولم ينصَّ على الحضانة، ولم يكن هناك عرفٌ، فهل تدخل الحضانة في العقد من تربية الصَّبيِّ وحفظه، وأشباه ذلك؟

القول الأوَّل: تدخل في العقد الحضانة، وهذا مذهب الحنفيَّة، وأحد القولين في مذهب الشَّافعيَّة والحنابلة، واختاره بعض المالكيَّة.

علَّل بعض الشَّافعيَّة دخولها باعتبار أنَّ الحضانة تابعةٌ للرَّضاع، فاستحقَّت بالعقد.

وعلَّل الحنفيَّة دخولها؛ لجريان العرف بذلك، والعقود المطلقة تحمل فيما لا نصَّ فيه على العرف والعادة.

القول الثَّاني: لا تدخل، بل تكون على أبيه، وهو قول أبي ثورٍ، ومذهب المالكيَّة، وأحد القولين في مذهب الشَّافعيَّة والحنابلة؛ لأنَّ الحضانة والرَّضاعة منفعتان مقصودتان تنفرد إحداهما عن الأخرى، فلا يلزم من العقد على الإرضاع دخول الحضانة. [انظر: الهداية شرح البداية ٣/ ٢٤١، منح الجليل ٧/ ٤٦٧، المهذَّب ١/ ٤٠١، المغني ٥/ ٢٨٨، المعاملات الماليَّة المعاصرة ٩/ ٣٤٨].

مسألةٌ: اختلف الفقهاء في حقيقة المعقود عليه في الرَّضاعة:

القول الأوَّل: أنَّ المعقود عليه هو الحضانة، واللَّبن مستحَقٌّ تبعًا، فالمرضع تحمل الطِّفل وتضعه في حجرها، وتلقمه ثديها، وتعصره بقدر الحاجة، ويدخل في ذلك اللَّبن الَّذي يَمَصُّه الصَّبيُّ، وهذا مذهب الجمهور، والأصحُّ في مذهب الشَّافعيَّة.

روي عن أبي بكرٍ، وعمرَ، وأبي موسى في الأجيرِ[١]، وأما الظِّئْرُ فلقولِه تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٣][٢].

القول الثَّاني: أنَّ المعقود عليه هو اللَّبن، وهو قولٌ في مذهب الحنفيَّة، وقولٌ عند الشَّافعيَّة؛ لأنَّ اللَّبن هو المقصود دون الخدمة، ولهذا لو أرضعته دون أن تخدمه استحقَّت الأجرة، ولو خدمته بدون الرَّضاع لم تستحقَّ شيئًا؛ ولأنَّ الله تعالى قال: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾، فجعل الأمر مرتَّبًا على الإرضاع.

قال ابن القيِّم في زاد المعاد ٥/ ٧٣٣: (والله يعلم والعقلاء قاطبةً أنَّ الأمر ليس كذلك، وأنَّ وضع الطِّفل في حجرها ليس مقصودًا أصلًا، ولا ورد عليه عقد الإجارة لا عرفًا ولا حقيقةً ولا شرعًا، ولو أرضعت الطِّفل وهو في حجر غيرها، أو في مهده لاستحقَّت الأجرة، ولو كان المقصود إلقام الثَّدي المجرَّد، لاستؤجر له كلُّ امرأةٍ لها ثديٌ، ولو لم يكن لها لبنٌ، فهذا هو القياس الفاسد حقًّا، والفقه البارد، فكيف يقال: إنَّ إجارة الظِّئر على خلاف القياس، ويدَّعى أنَّ هذا هو القياس الصَّحيح).

(١) لم نقف على هذه الآثار مسندة، قال البغوي: (وروي عن ابن نجيح، عن أبيه، قال: كان مع أبي موسى الأشعري غلام يخدمه بطعام بطنه). [انظر: شرح السنة ٨/ ٢٥٨].

وروي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنَّه قال: «أكريت نفسي من ابنة غزوان على طعام بطني وعُقْبة رجلي» أخرجه ابن ماجه ٢/ ٨١٧- الرُّهون - ح (٢٤٤٥)، وعبد الرَّزَّاق (٨/ ٢١٥) ح (١٤٩٤١)، والبيهقيُّ ٦/ ١٢٠، وإسناد ابن ماجه صحيحٌ؛ قاله البوصيريُّ في مصباح الزُّجاجة ٣/ ٧٦.

(٢) ويثبت في الأجير بالقياس عليها.

وقال ابن القيِّم في زاد المعاد ٥/ ٨٢٣: (وأمَّا إنْ أَجَرَ الشَّاة أو البقرة مدَّةً معلومةً لأخذ لبنها في تلك المدَّة؛ فهذا لا يجيزه الجمهور، واختار شيخنا

ويُشتَرَطُ لصحَّةِ العقدِ: العِلمُ بمدَّةِ الرَّضاعِ(١)، ومَعرفةُ الطفلِ بالمشاهدةِ(٢)، ومَوضِعِ الرَّضاعِ(٣)، ومَعرفةُ العِوضِ.

جوازه... كما في الظِّئر...، وليس هذا داخلًا فيما نهى عنه النَّبيُّ ﷺ من بيع الغرر؛ لأنَّ الغرر تردَّد بين الوجود والعدم فنُهي عن بيعه؛ لأنَّه من جنس القمار... كما في بيع العبد الآبق والجمل الشَّارد...، فأمَّا إذا كان شيئًا معروفًا بالعادة؛ كمنافع الأعيان بالإجارة مثل منفعة الأرض والدَّابَّة، ومثل لبن الظِّئر المعتاد، ومثل الثَّمر والزُّروع المعتاد؛ فهذا كلُّه من بابٍ واحدٍ وهو جائزٌ).

وقوله: ﴿بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ أي: على قدر الميسرة، وبما جرت به عادة أمثالهنَّ في بلدهنَّ من غير إسرافٍ ولا إقتارٍ.

(١) لأنَّه لا يمكن تقديره إلَّا بها.

(٢) في الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٤/ ٢٨٩: (ومنها - أي: الفوائد - لا تشترط رؤية المرتضع، بل تكفي صفته جزم به في الرِّعايتين والفائق، قلت: وهو الصَّواب).

فالمذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: تشترط رؤية الرَّضيع ولا يكفي وصفه عن رؤيته؛ لأنَّ الرَّضاع يختلف باختلاف الرَّضيع كبرًا وصغرًا، ونهمةً وقناعةً، ولأنَّ الوصف لا يأتي على المقاصد المتعلِّقة بالرَّضاع.

وعند المالكيَّة، وقولٌ عند الحنابلة صوَّبه المرداويُّ: يجب تعيين الرَّضيع إمَّا بالمشاهدة أو بالوصف، وإن لم يجرَّب رضاعه؛ لأنَّ الرَّضاع متقاربٌ. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٣) هل هو عند المرضعة أو وليِّه؟ لأنَّه يختلف فيشقُّ عليها في بيت المستأجر ويسهل في بيتها. [انظر: المصدر السَّابق].

وإذا دفعت الظِّئر الرَّضيع إلى امرأةٍ أخرى ترضعه، ولم يشرط في العقد أنَّها

(وَإِنْ دَخَلَ حَمَّامًا أَوْ سَفِينَةً) بلا عقدٍ، (أَوْ أَعْطَى ثَوْبَهُ قَصَّارًا أَوْ خَيَّاطًا)[١] ليَعملاه (بِلَا عَقْدٍ؛ صَحَّ بِأُجْرَةِ العَادَةِ)؛ لأنَّ العُرفَ الجاريَ بذلك

ترضعه بنفسها، فهل تستحقُّ الأجرة؟

فعند الحنفيَّة: لها الأجرة؛ لأنَّ الظِّئر بمنزلة الأجير المشترك.

وعند المالكيَّة، والحنابلة: لا تستحقُّ شيئًا من الأجرة؛ لأنَّهم استأجروها بعينها على أن ترضع لهم ولم تفعل.

وعند الشَّافعيَّة: إن كانت الإجارة في الذِّمَّة فلها الأجرة، وإن كانت معيَّنةً فلا أجرة لها. [انظر: المصادر السَّابقة].

وإذا سقت الظِّئر الرَّضيع لبن الأغنام بدلًامن لبنها فلا تستحقُّ الأجرة، نصَّ على ذلك الحنفيَّة والحنابلة؛ لأنَّها لم توفِّ بالمعقود عليه، ولأنَّ لبن الجنس لا يقارب بلبن غيره.

مسألةٌ: استئجار الظِّئر الكافرة لإرضاع مسلم:

القول الأوَّل: يصحُّ، وهو قول الحنفيَّة؛ لأنَّ خبث الكفر في اعتقادها دون لبنها.

القول الثَّاني: يكره، وهو مذهب المالكيَّة، والحنابلة؛ لأنَّ الكافرة تشرب الخمرة وتأكل الخنزير، فيخشى أن يطعم الرَّضيع من ذلك ويتغذَّى عليه، ولأنَّ المرضع تصبح أمًّا له، فربَّما دعته إلى ذلك وأثَّرت عليه، وربَّما أحبَّ دينها لحبِّه لها.

القول الثَّالث: لا يجوز استرضاع كافرةٍ غير الكتابيَّة، وهو اختيار ابن حزمٍ؛ لأنَّ الكافرة نجسةٌ، ولبنها جزءٌ منها، ولا يجوز التَّغذِّي على النجاسات.

ونوقش: بأنَّ نجاسة الكافرة نجاسةٌ معنويَّةٌ. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما استدلَّ به المؤلِّف.

وعند الشَّافعيَّة: لا يصحُّ، فليس له أجرةٌ؛ بناءً على عدم انعقاد الإجارة

يقومُ مَقامَ القولِ.

وكذا لو دَفَع مَتاعَه لمن يَبيعُه، أو استعملَ حمَّالًا ونحوَه(١)؛ فله أجرةُ مِثلِه، ولو لم يَكُن له عادةٌ بأخذِ الأجرةِ(٢).

بالمعاطاة. (تقدَّم في أوَّل باب الإجارة).

(١) كدلَّالٍ، وحجَّامٍ ومُكارٍ.

قال ابن القيِّم في زاد المعاد ٥/ ١١٩: (... وقواعد أحمد ﷺ: أنَّ الشَّرط العرفيَّ كاللَّفظيِّ سواءً، ولهذا أوجبوا الأجرة على من دفع ثوبه إلى غسَّالٍ أو قصَّارٍ، أو عجينه إلى خبَّازٍ، أو طعامه إلى طبَّاخٍ، يعملون بالأجرة، أو دخل الحمَّام، أو استخدم من يغسله ممَّن عادته يغسل بالأجرة ونحو ذلك، ولم يشرط لهم أجرةً أنَّه يلزمه أجرة المثل).

وقال - أيضًا -: (إن قال: إن ركبت هذه الدَّابة إلى أرض كذا؛ فلك عشرةٌ، أو إلى أرض كذا فلك خمسة عشر، أو إن خطت هذا القميص اليوم فلك درهمٌ، أو غدًا فنصف درهمٍ، أو زرعت أرضي حبًّا فمائةٌ، أو شعيرًا فمائتان، هذا كلُّه جائزٌ صحيحٌ... بل الثَّابت عنهم - أي: الصَّحابة - جوازه كما ذكره البخاريُّ عن عمر: «أنَّه دفع أرضه إلى من يزرعها قال: إن جاء عمر بالبذر؛ فله كذا، وإن جاؤوا به، فلهم كذا» ولم يخالفه صحابيٌّ).

(٢) وهذا هو المذهب.

واشترط ابن قدامة: أن يكون لهم عادةٌ بأخذ الأجرة.

وقيل: لا أجرة لهم مطلقًا. [انظر: المقنع مع الإنصاف الشَّرح الكبير ١٤/ ٢٩٠، ٢٩١].

مسألةٌ: إذا اتَّفق المتعاقدان على أن تكون أجرة الدَّار منفعةً أخرى يقوم بها المستأجر للمُؤْجِر، وهو ما يسمَّى مقايضة المنافع:

فإن اختلفت المنفعتان كالسُّكنى بالرُّكوب، والرُّكوب بالتَّعليم، فذلك جائزٌ

. . . .

عند الأئمَّة.

وإن كانت الأجرة منفعةً من جنس المعقود عليه كإجارة السُّكنى بالسُّكنى، والرُّكوب بالرُّكوب، فاختلف الفقهاء فيها على قولين:

القول الأوَّل: متى كانت المنفعتان من جنسٍ واحدٍ بطل العقد، وهذا مذهب الحنفيَّة؛ لأنَّ ربا النَّسيئة يجري في كل ما اتَّحد جنسه، سواءٌ كان من الأعيان، أو من المنافع، فإذا أبدل منفعةً بمنفعةٍ من جنسها، وكانت المنافع بحكم المعدومة؛ لأنَّها تحدث شيئًا فشيئًا أدَّى ذلك إلى الوقوع في ربا النَّسيئة.

ونوقش: بأنَّ المنافع في الإجارة ليست في تقدير النَّسيئة، ولو كانت نسيئةً ما جاز في جنسين؛ لأنَّه يكون بيع دينٍ بدينٍ.

ولأنَّ الإجارة أجيزت على خلاف القياس للحاجة، ولا حاجة إلى استئجار المنفعة بجنسها؛ لأنَّه يستغنى بما عنده منها.

ونوقش: بأنّه قد يختلف المكان، فتكون حاجته إلى سكنى دارٍ بمكَّة بسكنى دارٍ في نجدٍ، فلا تندفع حاجته بما عنده منها.

القول الثَّاني: يصحُّ العقد، سواءٌ اتَّفقت المنفعتان أو اختلفت، وهذا مذهب الجمهور، واختيار ابن حزمٍ؛ لأنَّ الأصل الجواز، ولقياس المنافع على الأعيان، فإذا جازت المقايضة في الأعيان الَّتي من جنسٍ واحدٍ جازت المقايضة في المنافع؛ ولأنَّ المنافع نوعٌ من أنواع المال، فما جازت إجارته جاز أجره. [انظر: بدائع الصَّنائع ٤/ ١٩٤، المدوَّنة ٤/ ٥١١، أسنى المطالب ٢/ ٤٠٥، كشَّاف القناع ٣/ ٥٥٦].

مسألةٌ: إذا كانت الأجرة حصَّةً معيَّنةً من الإنتاج، كأن يدفع الحنطة لمن يطحنها بقفيزٍ من دقيقها، أو يعصر الزَّيتون بجزءٍ معيَّنٍ معلومٍ منه، فهل تصحُّ الأجرة؟

....

القول الأوَّل: لا يصحُّ مطلقًا، وهذا مذهب الجمهور؛ لما رواه أبو سعيدٍ الخدريُّ ﷺ قال: «نهي عن عسيب الفحل، زاد عبيد الله: وعن قفيز الطَّحَّان». رواه الدَّارقطنيُّ ٣/ ٤٧، قال ابن تيميَّة في مجموع الفتاوى ٢٨/ ٨٨: (وما يروى عن النَّبيِّ ﷺ أنَّه نهى عن قفيز الطَّحَّان فحديثٌ ضعيفٌ)، وقال ابن القيِّم في إعلام الموقِّعين ٢/ ٢٤٧: (لا يثبت بوجهٍ أنَّه نهى عن قفيز الطَّحَّان).

ولأنَّه استأجره بمعيَّنٍ ليس عنده، فالقفيز معيَّنٌ وليس في الذِّمَّة، وإذا كانت الأجرة معيَّنةً يشترط أن تكون موجودةً وقت العقد.

القول الثَّاني: يصحُّ مطلقًا، وهو اختيار ابن قدامة، وصوَّبه المرداويُّ، ورجَّحه ابن القيِّم؛ لأنَّ المُؤْجِر إذا دفع حنطةً إلى من يطحنها بقفيزٍ منها، ونحو ذلك، فالأجرة معلومةٌ، ولا غرر فيها، ولا خطر، ولا قمار، ولا أكل مالٍ بالباطل، وقياسًا على المضاربة، فهو نظير دفع ماله إلى من يتَّجر فيه بجزءٍ من الرِّبح، بل أَولى، فإنَّه قد لا يربح المال فيذهب عمله مجَّانًا، وهذا لا يذهب عمله مجَّانًا.

ونوقش: بأنَّه قياسٌ لا يصحُّ؛ لأنَّ الفقهاء مجمعون على أنَّ المضارب لو ضارب بالمال واشترط أن يكون نصيبه دراهم معلومةً كان العقد باطلًا.

القول الثَّالث: القول بالتَّفصيل: إن كان الدَّقيق والزَّيتون نوعًا واحدًا، كلُّه جيِّدٌ أو كلُّه رديءٌ صحَّ ذلك، وإن كان بعضه جيِّدًا وبعضه رديئًا لم يصحَّ للجهالة، ومثله لو استأجره ليسلخ شاةً في مقابل جلدها، فهذا لا يصحُّ؛ لأنَّه لا يعلم هل يخرج الجلد سليمًا أو معيبًا، وهذا مذهب المالكيَّة. [انظر: تبيين الحقائق ٥/ ١٢٩، منح الجليل ٧/ ٤٥٧، الحاوي الكبير ٧/ ٤٤٢، المغني ٥/ ٨، المعاملات الماليَّة ٩/ ٢١٥].

. . . .

وإذا كانت الأجرة حصَّةً شائعةً من الإنتاج كالثُّلث والرُّبع والنِّصف، فاختلف الفقهاء على ثلاثة أقوالٍ:

القول الأوَّل: ذهب الحنفيَّة والشَّافعيَّة: أنَّ عقد الإجارة لا يصحُّ أن يكون بحصَّةٍ شائعةٍ منه مطلقًا، لا فرق في ذلك بين أن يكون عقد الإجارة على نسج الثِّياب وخياطتها، أو على حصد الزَّرع ودرسه، أو على جني الثِّمار وعصرها.

وأدلَّتهم هي نفس أدلَّة المسألة السَّابقة، فلا فرق بين الأجرة بمقدارٍ معيَّنٍ، أو الأجرة بحصَّةٍ شائعةٍ.

القول الثَّاني: ذهب الحنابلة وابن حزمٍ: إلى جواز دفع الغزل لمن ينسجه بحصَّةٍ شائعةٍ منه، وكذا دفع الزَّيت لمن يعصره بحصَّةٍ شائعةٍ منه، وإعطاء الزَّرع لمن يحصده بحصَّةٍ شائعةٍ منه، وهو قول جماعةٍ من أهل الحديث.

قياسًا على المزارعة، والمساقاة، وكونها عينًا تنمَّى بالعمل فصحَّ العقد عليها ببعض نمائها.

القول الثَّالث: ذهب المالكيَّة إلى التَّفصيل: فإن كان ما يخرج معلومًا حين العقد أجازوه، وإن كان ما يخرج مجهولًا حين العقد منعوه للجهالة بالأجرة. [انظر: المصادر السَّابقة].

مسألةٌ: طهارة الأجرة:

وقد سبق اختلاف العلماء في اشتراط طهارة المعقود عليه في المبيع، فقد اختلفوا أيضًا في اشتراط طهارة الأجرة في عقد الإجارة على قولين:

القول الأوَّل: لا يشترط الحنفيَّة طهارة الأجرة، وإنَّما يشترطون أن يكون مالًا متقوِّمًا.

القول الثَّاني: ذهب الجمهور إلى اشتراط طهارة الثَّمن.

وأدلَّة هذه المسألة هي أدلَّة اشتراط طهارة المعقود عليه في المبيع. [انظر: المصادر السَّابقة].

الشرطُ (الثَّالِثُ: الإِبَاحَةُ فِي) نفعِ (العَيْنِ) المقدورِ عليه المقصودِ؛ كإجارةِ دارٍ يجعلُها مَسجدًا، وشجرٍ لنشرِ ثيابٍ[(١)]، أو قعودِه بظلِّه.

(فَلَا تَصِحُّ) الإجارةُ (عَلَى نَفْعٍ محَرَّمٍ؛ كَالزِّنَا، وَالزَّمْرِ، وَالغِنَاءِ، وَجَعْلِ دَارِهِ كَنِيسَةً[(٢)]، أَوْ لِبَيْعِ الخَمْرِ)[(٣)]؛ لأنَّ المنفعةَ المحرَّمةَ مطلوبٌ إزالتُها، ..

---

(١) أو صومعةً، أو بِيعةً، أو بيت نارٍ؛ لأنَّ ذلك إعانةٌ على المعصية.

(٢) فالمذهب، ومذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة: يجوز استئجار شجرةٍ ليجفِّف الثِّياب عليها.

وعند الحنفيَّة: لا يجوز.

وسبب الاختلاف: اختلافهم في كون المنفعة متقوِّمةً (لها قيمةٌ شرعًا) أو غير متقوِّمةٍ. [انظر: بدائع الصَّنائع ٤/ ١٩٢، مواهب الجليل ٥/ ٤٢٢، روضة الطَّالبين ٥/ ١٧٧، المغني ٥/ ٣١٨].

(٣) لقول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾، ولقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾، وأخذ الأجرة على عملٍ محرَّمٍ شرعًا أكلٌ للمال بالباطل.

ولما ثبت في الصَّحيحين أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «قاتل الله اليهود: إنَّ الله لـمَّا حرَّم شحومها جَمَلوه، ثمَّ باعوه، فأكلوا ثمنه» والأجرة كالثَّمن، فأخذ الأجرة على ما هو محرَّمٌ حرامٌ.

فإن كان المُؤْجِر يعلم أنَّ المستأجر يريد المكان لفعل المعاصي، كبيتٍ لاستماع الغناء.

مذهب المالكيَّة، والحنابلة: لا يصحُّ العقد مطلقًا.

وقيل: يصحُّ مطلقًا إذا لم ينصَّ في العقد على الفعل المحرَّم، وأمَّا العقد فهل يحرم أو يكره؟ قولان في مذهب الشَّافعيَّة.

وقيل: إن كانت العين المُؤْجَرة أو المبيعة تستعمل للمعصية بعينها فإنَّ العقد

....

محرَّمٌ، وإن كانت العين لا تستعمل للمعصية بعينها، وإنَّما بفعل المستأجر لم يحرم العقد.

فبيع العنب لمن يعصره خمرًا حلالٌ؛ لأنَّ العنب نفسه لا معصية فيه، وإنَّما المعصية بفعل المستأجر.

وأمَّا بيع السِّلاح لمن يقتل به ظلمًا فلا يجوز؛ لأنَّ المعصية تستعمل بعين السِّلاح. [انظر: تبيين الحقائق ٥/ ١٢٥، الفتاوى الهنديَّة ٤/ ٤٤٩، الشَّرح الكبير للدَّردير ٤/ ١٨، تكملة المجموع ١٣/ ٥٦٩، المغني مع الشَّرح الكبير: ٦/ ١٣٤، المحلَّى ٨/ ١٩١].

فرعٌ: عند جمهور أهل العلم: عدم جواز أخذ الأجرة على نقل الأشياء المحرَّمة؛ كالخمر والخنزير، وفي الفتاوى الهنديَّة ٤/ ٤٤٩: (إذا استأجر رجلًا ليحمل له الخمر؛ فله الأجر في قول أبي حنيفة... إذا استأجر الذِّمّيّ من المسلم بيتًا ليبيع فيه الخمر؛ جاز عند أبي حنيفة... لو استأجر الذِّمِّيُّ مسلمًا ليبني له بِيعةً أو كنيسةً؛ جاز...، استأجر ذمِّيٌّ من ذمِّيٍّ أو مسلمٍ بِيعةً يصلِّي فيها؛ لم يجز)، وحجَّته: أنَّ الحمل والبناء ليس معصيةً.

فرعٌ: **إجارة الفحل للضِّراب**:

لا يجوز، عند الجمهور؛ لما رواه البخاريُّ (٢٢٨٤)، عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ عن عَسْب الفحل».

وعند المالكيَّة: تجوز إجارة الفحل للضِّراب مدَّةً معلومةً؛ بالقياس على إجارة الظِّئر للرَّضاع، مع أنَّه ممنوعٌ بيع لبنها.

ويناقش: بأنَّ هذا قياسٌ فاسدٌ؛ لأنَّه نظرٌ في مقابل النَّصِّ.

مسألةٌ: استئجار الكلب لصيدٍ أو حراسةٍ:

المذهب، ومذهب الحنفيَّة، والشَّافعيَّة: لا يجوز.

وعلَّل الحنفيَّة: أنَّ المنفعة غير مقدورة الاستيفاء؛ إذ لا يمكن إجبار الكلب

والإجارةُ تُنافيها، وسواءٌ شَرَط ذلك في العقدِ أوْ لَا إذا ظُنَّ الفعلُ(١).

ولا تصحُّ إجارةُ طيرٍ ليوقِظَه للصلاةِ؛ لأنَّه غيرُ مقدورٍ عليه(٢) ....

على الصَّيد.

وعلَّل الشَّافعيَّة: أنَّها منفعةٌ غير مملوكةٍ، وإنَّما أبيحت للحاجة، كالميتة للمضطرِّ؛ ولأنَّه لا قيمة لعين الكلب فكذا منفعته.

وعلَّل الحنابلة: أنَّ الكلب حيوانٌ محرَّمٌ بيعه لخبثه، فحرمت إجارته، ولأنَّ إباحة الانتفاع به لم تبح بيعه، فكذلك إجارته.

وعند المالكيَّة، وابن حزمٍ: يجوز؛ لأنَّ منفعة الكلب منفعةٌ مباحةٌ، فجاز استئجارها كسائر المنافع المباحة، ولأنَّ عقد الإجارة يختلف عن البيع، ففي البيع يكون العقد واردًا على العين، وبيع عينه محرَّمٌ، وفي عقد الإجارة يكون العقد واردًا على المنفعة، وهي مباحةٌ.

وعلَّل ابن حزمٍ: أنَّ البيع غير الإجارة، وإنَّما نهي عن بيع الكلب، ولم ينه عن إجارته. [انظر: بدائع الصَّنائع ٤/ ١٧٥، الخرشيّ ٣/ ٤٤، المنثور في القواعد ٢/ ٤٠٥، المغني ٥/ ٣٢١، المعاملات الماليَّة ٩/ ١٠٠].

(١) لأنَّه فعلٌ محرَّمٌ، وفرِّق بين ما إذا كانت الإجارة لفعل محرَّمٍ كما لو استأجر البيت لشرب الخمر، أو الدُّخان، أو الاجتماع على المحرَّم، فلا يجوز؛ لما تقدَّم من الدَّليل، وبين ما إذا جاء المحرَّم تبعًا وليس قصدًا كما لو استأجر البيت للسُّكنى ثمَّ عصى الله ﷻ فيها بشرب دخانٍ أو خمرٍ، أو سماع غناءٍ؛ لأنَّه جاء تبعًا وليس قصدًا، والقاعدة: أنَّه يثبت تبعًا ما لا يثبت استقلالًا.

(٢) وهذا باتِّفاق الأئمَّة، فلا يصحُّ إجارة ما لا يقدر على استيفاء المنفعة منه، فلا تصحُّ إجارة الدَّابَّة الفارَّة، ولا المغصوب من غير الغاصب، ولا الأقطع والأشلِّ للخياطة بنفسه. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٤/ ٤١١، منهاج الطَّالبين ٣/ ٦٩، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/ ٢٠، المحرَّر ١/ ٣٥٦].

. . .[١]، ولا شَمَعٍ وطعامٍ ليتجمَّلَ به ويَردَّه، ولا ثوبٍ يُوضَعُ على نعشِ ميتٍ[٢]، ذَكَره في المغني[٣]، والشَّرحِ[٤]، ولا نحوِ تُفَّاحةٍ لشمٍّ[٥].

لكنَّ الأقرب: أنَّ إجارة الدَّابَّة الفارَّة لمن يقدر على تحصيلها جائزٌ، لانتفاء الغرر، وكذا المغصوب من غير الغاصب.

ويأتي اشتراط القدرة على المنفعة قريبًا في الفصل الآتي.

(١) وتصحُّ إجارة طير الصَّيد؛ لأنَّه نفعٌ مباحٌ متقوِّمٌ.

(٢) لأنَّه ليس من المنافع المقصودة.

(٣) المغني ٨/ ١٢٩، وفيه: (لأنَّ الإجارة عقدٌ على المنافع، وهذه لا ينتفع بها إلَّا بإتلاف عينها).

(٤) الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٤/ ٣٢٣.

(٥) وهذا باتِّفاق الأئمَّة في الجملة: أنَّه يشترط في المنفعة أن تكون متقوِّمةً مقصودة الاستيفاء في العقد، جاء في درر الحكَّام شرح مجلَّة الأحكام ١/ ٤٤٢: (ولا يكفي لصحَّة الإجارة أن تكون المنفعة مقصودةً للمستأجر، بل لا بدَّ أن يكون فيها منفعةٌ مقصودةٌ في الشَّرع، وفي نظر العقلاء). [انظر: بدائع الصَّنائع ٤١٧٥، الفتاوى الهنديَّة ٤/ ٤١١، الشَّرح الصَّغير ٣/ ١٦٠، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/ ٢٠، حاشية القليوبيِّ ٣/ ٦٩، المحرَّر ١/ ٣٥٦].

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٤/ ٣٢٢: (ومنع في المغني إجارة نقدٍ أو شمعٍ للتَّجمُّل، وثوبٍ لتغطية نعشٍ، وما يسرع فساده كرياحين، قال في التَّرغيب وغيره: وتفَّاحةٍ للشَّمِّ بل عنبرٍ وشبهه، وظاهر كلام جماعةٍ جواز ذلك)، ومثل ذلك: **إذا استأجر ما يجمِّل به حانوته من دراهم أو دنانير أو ثيابٍ أو أطعمةٍ فلا يجوز؛ لأنَّ هذه المنافع ليست مقصودةً من هذه الأعيان، وهذا مذهب الحنفيَّة، والمالكيَّة، والشَّافعيَّة، والحنابلة.**

وقال بعض المالكيَّة: يجوز الانتفاع بها، وهو قولٌ مرجوحٌ في مذهبي

(وَتَصِحُّ إِجَارَةُ حَائِطٍ لِوَضْعِ أَطْرَافِ خَشَبِهِ) المعلومِ (عَلَيْهِ)؛ لإباحةِ ذلك[١].

(وَلَا تُؤْجِرُ المَرْأَةُ نَفْسَهَا) بعدَ عقدِ النِّكاحِ عليها (بِغَيْرِ إِذْنِ زَوْجِهَا)[٢]؛ لتفويتِ حقِّ الزوجِ.

الشَّافعيَّة، والحنابلة؛ لقوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِىٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِۚ﴾.

فرعٌ: إجارة المصحف.

المذهب، ومذهب الحنفيَّة: لا يجوز؛ قياسًا على البيع، وتقدَّم في البيع.

وقيل: يصحُّ بيعه وإجارته، وهو مذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة؛ لأنَّ إجارته منفعةٌ مباحةٌ كالإعارة، ولا يلزم من عدم البيع عدم جواز الإجارة، كالحرِّ، والوقف وأمِّ الولد، وهو الأقرب.

فرعٌ: قال الماوَرْديُّ كما في المجموع ٥/٥٢٨: (عقد الإجارة لا يدخله الرِّبا، ولهذا يجوز إجارة حليِّ الذَّهب بدراهم مؤجَّلةٍ بإجماع المسلمين، ولو كان للرِّبا هنا مدخلٌ لم يجز هذا)

(١) إن لم يتعيَّن ذلك على الجارِ المُؤْجِر، فإن تعيَّن عليه وضع خشب جاره على جداره وجب عليه ذلك، ولا يجوز أخذ الأجرة، وتقدَّم في باب الصُّلح.

ونصَّ المؤلِّف على هذه المسألة مع وضوحها؛ لأنَّ المدَّة مجهولةٌ، وسقط وجوب تعيينها للحاجة.

(٢) تأجير الزَّوجة نفسها لا يخلو من أمرين إذا لم يكن محظورٌ شرعيٌّ:

الأوَّل: أن يكون على مدَّةٍ: من ساعة كذا إلى ساعة كذا، فلا يجوز إلَّا بإذن الزَّوج؛ لما علَّل به المؤلِّف.

الثَّاني: أن يكون على عملٍ؛ كخياطة ثوبٍ ونحو ذلك، فيجوز لعدم تفويت حقِّ الزَّوج؛ بشرط عدم ضرر الزَّوج.

(فَصْلٌ)(١)

(وَيُشْتَرَطُ فِي العَيْنِ المُؤْجَرَةِ) خمسةُ شروطٍ:

أحدُها: (مَعْرِفَتُهَا بِرُؤْيَةٍ، أَوْ صِفَةٍ)(٢) إن انضبطت بالوصفِ؛ ولهذا قال:

مسألةٌ: استئجار دار للصَّلاة:

الجمهور: يجوز؛ لأنَّه منفعةٌ مباحةٌ يمكن استيفاؤها من الدَّار مع بقائها.

وعند الحنفيَّة: لا يجوز؛ لأنَّ استئجار المسجد من المسلم للصَّلاة فيه كاستئجار مسلمٍ يصلِّي فيه.

ونوقش: بالفرق؛ فالصَّلاة عن الشَّخص عبادةٌ متعلِّقةٌ بفعل المكلَّف، فلا تدخله النِّيابة بخلاف استئجار دارٍ للصَّلاة فيها.

ولأنَّه استئجارٌ على الطَّاعة فلا يجوز.

ونوقش: بأنَّ الاستئجار على الطَّاعة جائزٌ فيما تدخله النِّيابة وهذا منه.

ولأنَّ المسجد لا يملك.

ونوقش: بأنَّ المكان لا يتحوَّل إلى مسجدٍ لمجرَّد إقامة الصَّلاة فيه، وإنَّما يتحوَّل إلى مسجدٍ إذا نوى وقفه لذلك، والمملوك في عقد الإيجار هو المنفعة فقط، ومن منافع الدَّار إمكانيَّة الصَّلاة فيها، فجاز بذل العوض لذلك. [انظر: المبسوط ١٦/٣٨، التَّاج والإكليل ٥/٤٠٨، المبدع ٥/٧٣، المعاملات الماليَّة المعاصرة ٩/١٥٣].

(١) أي: في بيان أحكام العين المُؤْجَرة، وما يتعلَّق بذلك.

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول أكثر أهل العلم: يشترط معرفة العين المستأجرة بالمشاهدة إن كانت لا تنضبط بالوصف، أو بالصِّفة إن كانت تنضبط بها قياسًا على البيع.

والوجه الثَّاني: يجوز بدونه، وهو مذهب أبي حنيفة، وللمستأجر خيار

(فِي غَيْرِ الدَّارِ وَنَحْوِهَا) مما لا يصحُّ فيه السَّلَمُ[1]، فلو استأجر حمَّامًا فلا بُدَّ مِن رؤيتِه؛ لأنَّ الغرضَ يختلِفُ بالصغرِ والكبرِ، ومعرفةِ مائِه، ومشاهدةِ الإِيوانِ[2]، ومَطْرَحِ الرَّماد، ومَصرِفِ الماءِ.

وكَرِه أحمدُ كراءَ الحمَّامِ؛ لأنَّه يدخُلُه مَن تَنكشِفُ عورتُه فيه[3].

الرُّؤية. [انظر: حاشية ابن عابدين ٩/٧، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/٣، المنهاج مع مغني المحتاج ٢/٣٣٤].

وتقدَّم هذا في البيع في شروط صحَّة البيع، وتقدَّم عن الإمام أحمد، وشيخ الإسلام: أنَّه إذا اشترى شيئًا بلا رؤيةٍ ولا وصفٍ؛ صحَّ وله خيار الرُّؤية. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٤/٣٣٢].

(١) كالبساتين والأراضي والنَّخيل فتُشترط مشاهدته كما تقدَّم **فلا يصحُّ بالوصف مطلقًا، وهذا مذهب الشَّافعيَّة والحنابلة.**

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة.

وعند المالكيَّة: تصحُّ إجارة الدَّار ونحوها بالرُّؤية السَّابقة الَّتي لا تتغيَّر بعدها، أو بوصفٍ ولو من المكري، أو على خيارٍ بالرُّؤية. [انظر: حاشية الدُّسوقيِّ ٢/٤٤، مغني المحتاج ٢/٣٢١، المحرَّر ١/٣٥٦].

(٣) في المغني ٨/٢٤: (قال ابن حامدٍ: هذا على طريق الكراهة تنزيهًا لا تحريمًا؛ لأنَّه تبدو فيه عورات النَّاس، فتحصل الإجارة على فعلٍ محظورٍ فكرهه لذلك، فأمَّا العقد فصحيحٌ، وهذا قول أكثر أهل العلم، قال ابن المنذر: أجمع كلُّ من نحفظ عنه من أهل العلم أنَّ كراء الحمَّام جائزٌ؛ إذا حدَّده وذكر جميع آلته شهورًا مسمَّاةً، وهذا قول مالكٍ، والشَّافعي، وأبي ثورٍ، وأصحاب الرَّأي؛ لأنَّ المكتري إنَّما يأخذ الأجر عوضًا عن دخول الحمَّام والاغتسال بمائه، وأحوال المسلمين محمولةٌ على السَّلامة، وإن وقع من بعضهم فعل ما لا يجوز؛ لم يحرم الأجر المأخوذ منه، كما لو اكترى دارًا ليسكنها فشرب فيها خمرًا).

(وَ) الشرطُ الثاني: (أَنْ يَعْقِدَ عَلَى نَفْعِهَا) المستوفَى (دُونَ أَجْزَائِهَا)(١)؛ لأنَّ الإجارةَ هي بيعُ المنافعِ، فلا تَدخُلُ الأجزاءُ فيها.

(فَلَا تَصِحُّ إِجَارَةُ الطَّعَامِ لِلأَكْلِ، وَلَا الشَّمَعِ لِيُشْعِلَهُ)(٢)، ولو أكرَى شَمَعةً

(١) وهذا قول جمهور أهل العلم؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وحكى ابن رشدٍ من جوَّز الإجارة مع استهلاك العين، وتقدَّم قريبًا في أوَّل الباب مورد عقد الإجارة هل هو المنافع أو الأعيان؟ [انظر: بدائع الصَّنائع ٤/ ١٧٥، بداية المجتهد ٢/ ٤١٩، حاشية الدُّسوقيُّ ٤/ ١٦١، منهاج الطَّالبين ٣/ ٦٨، المحرَّر ١/ ٣٥٦].

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٤/ ٣٢٨: (ولا تصحُّ إلَّا بشروطٍ خمسةٍ: أحدها: أن يعقد على نفع العين دون أجزائها، فلا تصحُّ إجارة الطَّعام للأكل، ولا الشَّمع ليشعله على الصَّحيح من المذهب...، وقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: ليس هذا بإجارةٍ، بل هو إذنٌ في الإتلاف؛ وهو شائعٌ، كقوله: من ألقى متاعه، قال في الفائق: وهو المختار، ثمَّ قال: قلت: وهو مشابهٌ لبيعه من الصُّبرة كلَّ قفيزٍ بكذا، ولو أذن في الطَّعام بعوضٍ كالشَّمع فمثله.

وقال في الفروع: وجعله شيخنا - يعني إجارة الشَّمع ليشعله - مثل كلِّ شهرٍ بدرهمٍ فمثله في الأعيان نظير هذه المسألة في المنافع، ومثله: كلَّما أعتقت عبدًا من عبيدك؛ فعليَّ ثمنه فإنَّه يصحُّ وإن لم يبيِّن العدد والثَّمن، وهو إذنٌ في الانتفاع بعوضٍ، واختار جوازه وأنَّه ليس بلازمٍ بل جائزٌ؛ كجعالةٍ، وكقوله: ألق متاعك في البحر وعليَّ ضمانه جائزٌ، ومن ألقى كذا؛ فله كذا...).

وقال ابن القيِّم: (إن قال: بعتك من هذه الشَّمعة كلَّ أوقيَّةٍ منها بدرهمٍ قلَّ المأخوذ منها أو كثر؛ فهذا جائزٌ... واختاره شيخنا، وهو الصَّواب المقطوع به... بل عمل النَّاس في أكثر بيعاتهم عليه...). [انظر: إعلام الموقِّعين ٣/ ٣٥٣].

(٢) أو الصَّابون لغسلٍ، ونحو ذلك.

لِيُشعِلَ منها ويَردَّ بَقيَّتَها وثمنَ ما ذَهَب وأجرَ الباقي؛ فهو فاسِدٌ[١]، (**وَلَا حَيَوَانٍ لِيَأْخُذَ لَبَنَهُ**) أو صوفَه، أو شعرَه، أو وبرَه[٢]، (**إِلَّا فِي الظِّئْرِ**)، فيجوزُ، وتقدَّم[٣].

---

(١) قالوا: لأنَّه يشمل بيعًا وإجارةً، وما وقع عليه البيع مجهولٌ، وإذا جهل المبيع؛ جهل المستأجر.

(٢) وهذا هو المذهب؛ وهو قول جمهور أهل العلم؛ فلا يصحُّ أن يستأجر شاةً لأخذ لبنها؛ لأنَّ المقصود الأصليَّ في عقد الإجارة المنفعة، لا الأعيان، وهنا المقصود العين، وهي لا تملك ولا تستحقُّ بإجارةٍ.

وفي قولٍ عند الحنابلة، واختاره شيخ الإسلام: جواز استئجار الحيوان للبنه، ويأتي. وتقدَّم كلام ابن القيِّم عند قول المؤلِّف: (وتصحُّ الإجارة في الأجير والظِّئر. . .) **قياسًا على الظِّئر، فإجارة الظِّئر ثابتةٌ بالنَّصِّ**. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٤/ ٤٤٥، بداية المجتهد ٢/ ٢٤٥، منهاج الطَّالبين ٣/ ٦٨، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٤/ ٣٢٩].

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٤/ ٣٢٩: (واختار الشَّيخ تقيُّ الدِّين: جواز إجارة قناةٍ مدَّةً، وماء فائض بركةٍ رأياه، وإجارة حيوانٍ لأجل لبنه، قام به هو أو ربُّه، فإن قام عليها المستأجر وعلفها فكاستئجار الشَّجر، وإن علفها ربُّها ويأخذ المشتري لبنًا مقدَّرًا فبيعٌ محضٌ، وإن كان يأخذ اللَّبن مطلقًا فبيعٌ أيضًا، وليس هذا بغررٍ، ولأنَّ هذا يحدث شيئًا فشيئًا، فهو بالمنافع أشبه فإلحاقه بها أولى، ولأنَّ المستوفى بعقد الإجارة على زرع الأرض هو عينٌ من أعيانٍ، وهو ما يحدثه الله من الحبِّ بسقيه وعمله، وكذا مستأجر الشَّاة للبنها مقصوده ما يحدثه الله تعالى من لبنها بعلفها، والقيام عليها، فلا فرق بينهما، والآفات والموانع الَّتي تعرض للزَّرع أكثر من آفات اللَّبن؛ ولأنَّ الأصل في العقود الجواز والصِّحَّة، قال: وكظئرٍ) اهـ.

(٣) عند قول المؤلِّف: (وتصحُّ الإجارة في الأجير والظِّئر بطعامها وكسوتها)،

(وَنَقْعُ البِئْرِ)، أي: ماؤها المستنقِعُ فيها، (وَمَاءُ الأَرْضِ يَدْخُلَانِ تَبَعًا)[١]؛ كحِبرِ ناسِخٍ، وخيوطِ خيَّاطٍ، وكُحلِ كحَّالٍ، ومَرْهَمِ طبيبٍ ونحوِه[٢].

(وَ) الشرطُ الثالثُ: (القُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ)؛ كالبيعِ[٣].

وفي حاشية العنقريّ ٢/ ٣٠٥: (﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾، والفرق بينها وبين البهائم: أنَّه يحصل منها عملٌ من وضع الثَّدي في فم المرتضع ونحوه، بخلاف البهيمة).

وقال ابن القيِّم: (ليس المعقود عليه إلقام الثَّدي، أو وضعه في الحجر أو نحو ذلك؛ بل وسيلةٌ إلى المقصود ولا قيمة له أصلًا، والمقصود هو اللَّبن، وقوَّاه بعشرة أوجهٍ...، وقياس الشَّاة والبقرة والنَّاقة للانتفاع بلبنها على الظِّئر أصحُّ وأقرب إلى العقل من قياسها على إجارة الخبز للأكل). [انظر: زاد المعاد ٥/ ٨٢٣].

(١) لا أصالةً، فلو غار الماء؛ لم تنفسخ الإجارة، وهذا هو المذهب. [انظر الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٤/ ٣٣٠، الإقناع مع شرحه ٣/ ٣٦٥].

(٢) مع أنَّ هذه الأشياء تذهب عينها، لكن جاز هذا تبعًا، ويثبت تبعًا ما لا يثبت استقلالًا.

(٣) وهذا باتِّفاق الأئمَّة؛ لقوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿٩٠﴾﴾ والعين المُؤْجَرة إذا لم يقدر على تسليمها، فالدُّخول في عقد الإجارة من الميسر؛ لأنَّ كلًّا من المستأجر والمُؤْجِر إمَّا غانمٌ أو غارمٌ، ولحديث أبي هريرة رضي الله عنه أنَّ النَّبيَّ ﷺ: «نهى عن بيع الغرر»، رواه مسلمٌ. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٤/ ٤١١، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/ ٢٠، منهاج الطَّالبين وحاشيته ٣/ ٦٩، المحرَّر ١/ ٣٥٦].

والقدرة على التسليم في الإجارة تنقسم إلى قسمين:

(فَلَا تَصِحُّ إجَارَةُ) العبدِ (الآبِقِ، وَ) الجملِ (الشَّارِدِ)[١]، والطيرِ في الهواءِ، ولا المغصوبِ ممَّن لا يَقدِرُ على أخذِه، ولا إجارةُ المشاعِ مُفرَدًا لغيرِ الشَّريكِ[٢].

القسم الأوَّل: القدرة الحسِّيَّة، وذلك يكون بأمورٍ، منها:

التَّخلية: أي: رفع الموانع بين المستأجر وبين العين المستأجَرة على الوجه الَّذي يتمكَّن به من الانتفاع بها.

يَلزمُ المُؤْجِرَ أن يقوم بكلِّ ما يلزم ليتمَّ تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المُؤْجَرة، مثل: إيصال الكهرباء.

أن يمتنع عن كلِّ ما يفضي إلى حرمان المستأجر من الانتفاع التَّامِّ.

أن يستدام الانتفاع بعد التَّسليم إلى انتهاء العقد، فعلى المُؤْجِر أن يمنع غيره من أن يتعرَّض للمستأجر فيحول بينه وبين الانتفاع، فلو تعرَّضت العين المُؤْجَرة لآفةٍ سماويَّة أفسدت المنفعة انفسخ العقد، أو تعرَّضت العين المُؤْجَرة للغصب.

لا يكفي تسليم المحلِّ فقط، بل لا بدَّ من القدرة على تسليم المنفعة المعقود عليها في عقد الإجارة، فلا يصحُّ إجارة بهيمةٍ زَمِنةٍ لحملٍ، ولا أرضٍ لا تنبت للزَّرع.

وهذا القدرة محلُّ اتِّفاقٍ بين الفقهاء.

القسم الثَّاني: القدرة الشَّرعيَّة على التَّسليم، فالعجز الشَّرعيُّ كالعجز الحسِّيِّ، فلا يجوز استئجار حائضٍ لكنس المسجد؛ لتعذُّر ذلك شرعًا عند الفقهاء، ولا يجوز استئجار كافرٍ لعملٍ في الحرم. [انظر: المعاملات الماليَّة: أصالةٌ ومعاصرةٌ ٩/ ١١٩].

(١) المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: لاتصحُّ إجارة العبد الآبق، والجمل الشَّارد، ونحو ذلك، وتقدَّم في البيع صحَّة بيع العبد الآبق، والجمل الشَّارد، ونحو ذلك لمن يقدر عليه، وتقدَّم دليل ذلك.

(٢) إجارة العين للشَّريك جائزةٌ بالاتِّفاق.

ولا يُؤْجَرُ مُسلمٌ لذميٍّ ليَخدُمَه، وتصحُّ لغيرِها[1].

(وَ) الشرطُ الرابعُ: (اشْتِمَالُ العَيْنِ عَلَى المَنْفَعَةِ).

وإن كانت الإجارة لغير الشَّريك، فالمذهب، وبه قال أبو حنيفة: لا تجوز إجارة المشاع لغير الشَّريك؛ لأنَّ استيفاء المنفعة في الجزء الشَّائع لا يتصوَرُ إلَّا بتسليم الباقي، وذلك غير متعاقدٍ عليه، والاستيفاء بالمهايأة لا يمكن على الوجه الَّذي يقتضيه العقد، إذ التَّهايُؤ بالزَّمن انتفاعٌ بالكلِّ بعض المدَّة، والتَّهايؤ بالمكان انتفاعٌ يكون بطريق البدل عمَّا في يد صاحبه، وهذا ليس من مقتضى العقد.

وعند المالكيَّة، والشَّافعيَّة: جواز إجارة المشاع لغير الشَّريك؛ لأنَّ الإجارة أحد نوعي البيع فتجوز إجارة المشاع كما يجوز بيعه، والمشاع مقدور الانتفاع بالمهايأة، ولأنَّه يجوز إذا فعله الشَّريكان معًا، فجاز لأحدهما فعله في نصيبه مفردًا كالبيع. [انظر: بدائع الصَّنائع ٤/ ١٨٧، الشَّرح الصَّغير ٤/ ٥٩، المهذَّب ١/ ٣٩٥، شرح الرَّوض ٢/ ٢٠٩، المغني ٨/ ١٣٤].

(١) تأجير المسلم نفسه لذمِّيٍّ ينقسم إلى قسمين:

الأوَّل: أن يكون للخدمة؛ كتقديم الطَّعام له، والوقوف بين يديه، وكنس بيته، ونحو ذلك.

فالمذهب، ومذهب المالكيَّة: عدم الجواز؛ لأنَّه عقدٌ يتضمَّن حبس المسلم عند الكافر، وإذلاله في خدمته.

ونوقش: بأنَّ الأمر ليس فيه إذلالٌ للمسلم؛ لأنَّ المسلم بذل عمله مقابل عوضٍ ماليٍّ راضيًا مختارًا، ولم يقدِّم عمله إكرامًا للكافر.

وقياسًا على البيع، فإذا كان لا يجوز بيع العبد المسلم للكافر، فلا تجوز إجارته.

ونوقش: بأنَّ الإجارة لا تشبه الملك؛ لأنَّ الملك يقتضي سلطانًا واستدامةً

....

وتصرُّفًا بأنواع التَّصرُّفات في رقبته بخلاف الإجارة.

وعند الحنفيَّة والشَّافعيَّة: تصحُّ مع الكراهة، لكن عند الشَّافعيَّة يؤمر وجوبًا بإجارته لمسلمٍ، وللحاكم منعه من خدمة الكافر، فلا يجوز لمسلمٍ خدمة كافرٍ.

ودليل الجواز: لأنَّه عملٌ في مقابلة عوضٍ أشبه العمل في ذمَّته.

ولأنَّه إذا كان يجوز التَّعامل مع الكفَّار بالبيع والشِّراء، وهو عقد معاوضةٍ، جازت الإجارة.

الثَّاني: أن يكون لغير الخدمة كالبناء، والخياطة، والحرث، فيجوز باتِّفاق الأئمَّة؛ لأنَّ الأصل في المعاملات الحلُّ، ولأنَّ عليًّا أَجَرَ نفسه من يهوديٍّ كلَّ دلوٍ بتمرةٍ. [انظر: بدائع الصَّنائع ٤/ ١٨٩، شرح الخرشيِّ ٧/ ١٩، الشَّرح الصَّغير ٤/ ٣٥، حاشية القليوبيِّ ٣/ ٦٧، المغني ٨/ ٨٩].

مسألةٌ: استئجار الكافر مسلمًا ليحمل له خمرًا:

إذا كان الغرض من ذلك إراقتها جاز باتِّفاق الفقهاء.

وإذا كان حمل الخمر ليشربها، فإن نُصَّ عليه في العقد حرم العقد، وإن كان العقد خاليًا من ذكر الشُّرب، فاختلف الفقهاء على قولين:

القول الأوَّل: صحَّح العقد أبو حنيفة، وصحَّحه أحمد في روايةٍ مع الكراهة؛ لما رواه سُويد بن غَفَلة قال: (بلغ عمرَ بنَ الخطَّاب أنَّ عماله يأخذون الجزية من الخمر، فناشدهم ثلاثًا، فقال بلالٌ: إنَّهم ليفعلون ذلك، قال: فلا تفعلوا، ولكن ولُّوهم بيعها، فإنَّ اليهود حرمت عليهم الشُّحوم، فباعوها، وأكلوا أثمانه)، رواه عبد الرَّزَّاق (٩٨٨٦)، وإسناده صحيحٌ، فدلَّ على أنَّ الخمر ليس حرامًا على الذِّمِّيِّ، وإذا لم يكن حرامًا عليه لم يحرم حملها له.

ولأنَّ حمل الخمر ليس بمعصيةٍ في نفسه بدليل أنَّ حملها للإراقة مباحٌ، وكذا الحمل ليس سببًا للمعصية وهو الشُّرب؛ لأنَّ ذلك يحصل بفعل فاعلٍ مختارٍ.

....

القول الثَّاني: يحرم، ولا يصحُّ، وهذا قول الجمهور، ورجَّحه أبو يوسف ومحمَّد بن الحسن؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾.

ونوقش: بأنَّ حمل الخمر ليس فيه إعانةٌ على الشُّرب، وإنَّما الحمل سببٌ في الشُّرب.

ولحديث ابن عبَّاسٍ رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «أتاني جبريل فقال: يا محمَّد إنَّ الله قد لعن الخمر، وعاصرها، ومعتصرها، وشاربها، وحاملها، والمحمولة إليه، وبائعها ومبتاعها، وساقيها ومستقيها»، رواه أحمد في المسند ١/٣١٦، وهو صحيحٌ بشواهده. [انظر: المصادر السَّابقة].

مسألةٌ: استئجار الكافر لكتابة المصحف:

اختلف الفقهاء في المسلم يستأجر كافرًا ليكتب له مصحفًا بأجرٍ على قولين:

القول الأوَّل: العقد فاسدٌ، وله أجر المثل لا المسمَّى، وهذا مذهب الشَّافعيَّة، وقولٌ في مذهب الحنابلة.

القول الثَّاني: العقد صحيحٌ، وهو مذهب الحنفيَّة، والحنابلة.

والرَّاجح جوازه؛ لأنَّ الرَّاجح جواز أخذ الأجرة على كتابة المصحف. [انظر: مجمع الأنهر ٢/٣٨٤، الحاوي الكبير ٧/٤٢٣، الإنصاف ١/٢٢٦، المعاملات الماليَّة ٩/١٦٩].

مسألةٌ: استئجار الكافر لبناء المسجد:

القول الأوَّل: أجاز الحنفيَّة، والحنابلة استئجار الكافر لبناء المسجد مطلقًا.

القول الثَّاني: أجاز المالكيَّة استئجار الكافر لعمارة المسجد إذا لم يوجد نجَّارٌ أو بنَّاءٌ غيره، أو وجد غيره ولكن كان الكافر أتقن للصَّنعة.

القول الثَّالث: صحَّح الشَّافعيَّة استئجار الكافر لبناء المسجد إلَّا أنَّهم جعلوا العقد غير لازمٍ بالنِّسبة للمستأجر. [انظر: المصادر السَّابقة].

....

مسألةٌ: استئجار الكافر في الخياطة والبناء ممَّا ليس عبادةً مقصودةً في نفسه:

القول الأوَّل: ذهب عامَّة الفقهاء إلى القول بالجواز.

لأنَّ النَّبيَّ ﷺ استأجر عبد الله بن أُرَيقِطٍ الدِّيليَّ هاديًا خرِّيتًا في وقت الهجرة، وكان كافرًا.

ولأنَّه إذا جاز للمسلم أن يودع ماله عند الكافر جاز له أن يستأجره على حفظه، قال تعالى: ﴿وَمِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ وَمِنْهُم مَّنْ إِن تَأْمَنْهُ بِدِينَارٍ لَّا يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ إِلَّا مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَآئِمًا﴾.

القول الثَّاني: اختار بعض أهل العلم، ومنهم البخاريُّ في صحيحه أنَّه لا يجوز استئجار الكافر إلَّا في حال الضَّرورة.

قال ابن حجرٍ في الفتح ٤/ ٤٤٢: (... وفي استشهاده بقصَّة معاملة النَّبيِّ ﷺ يهود خيبر على أن يزرعوها، وباستئجاره الدَّليل المشرك لـمَّا هاجر على ذلك نظرٌ؛ لأنَّه ليس فيهما تصريحٌ بالمقصود من منع استئجارهم، وكأنَّه أخذ ذلك من هذين الحديثين مضمومًا إلى قوله ﷺ: «إنَّا لا نستعين بمشركٍ»، أخرجه مسلمٌ وأصحاب السُّنن، فأراد الجمع بين الأخبار بما ترجم به).

والجواب عن حديث: «إنَّا لا نستعين بمشركٍ» من عدة وجوه، منها:

الأوَّل: أنَّ هذا الحديث قيل في سياق الاستعانة بالكافر على الكفَّار في بابٍ من أبواب الجهاد، بخلاف استئجار الكفَّار على أمور البناء والخياطة والصِّناعات، وقد استعان النَّبيُّ ﷺ بالنَّجاشيِّ في هجرة أصحابه إلى الحبشة، واستعان الرَّسول ﷺ بعبد الله بن أريقطٍ كدليلٍ.

الثَّاني: أنَّ هذا الحديث قيل في خروج النَّبيِّ ﷺ لبدرٍ وهو منسوخٌ بالحوادث الَّتي جاءت بعد ذلك في الاستعانة بهم.

الثَّالث: أنَّ محلَّ جواز الاستعانة بالمشرك إنَّما هو عند الحاجة أو الضَّرورة، ولا تجوز في غير ذلك، والرَّسول ﷺ ما كان في بدرٍ محتاجًا إلى من

(فَلَا تَصِحُّ إِجَارَةُ بَهِيمَةٍ زَمِنَةٍ[١] لحَمْلٍ، وَلَا أَرْضٍ لَا تُنْبِتُ لِلزَّرْعِ)؛ لأنَّ الإجارةَ عقدٌ على المنفعةِ، ولا يُمكِنُ تَسليمُ هذه المنفعةِ مِن هذه العينِ[٢].

(وَ) الشرطُ الخامِسُ: (أَنْ تَكُونَ المَنْفَعَةُ) مملوكةً (لِلمُؤْجِرِ، أَوْ مَأْذُونًا[٣] لَهُ فِيهَا)، فلو تَصرَّف فيما لا يَملِكُه بغيرِ إذنِ مالِكِه؛ لم يصحَّ؛ كبيعِه[٤].

(وَتجُوزُ إِجَارَةُ العَيْنِ) المُؤْجَرةِ[٥] ....

يساعده؛ لأنَّ خروجه لم يكن للحرب.

(١) وفي المصباح ١/٢٥٦: (زَمِن الشَّخصُ من باب تعب، وهو مرضٌ يدوم طويلًا).

(٢) وهذا باتِّفاق الأئمَّة. [انظر: بدائع الصَّنائع ٤/١٥٧، بداية المجتهد ٢/٤١٩، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/١٦، المهذَّب ١/٣٩٩، منهاج الطَّالبين ٣/٦٨، المحرَّر ١/٣٥٦].

(٣) كوكيلٍ، ووصيٍّ، ووليٍّ، وناظرٍ.

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة، فلا ينفذ تصرُّف الفضوليِّ في الإجارة كالبيع.

وعند الحنفيَّة والمالكيَّة: ينفذ تصرُّف الفضوليِّ كالبيع.

وتقدَّم الكلام عليه في المجلد السَّادس/شروط صحَّة البيع.

(٥) تأجير العين المستأجرة لا يخلو من أمرين:

الأوَّل: أن يكون بعد القبض، فالمذهب، ومذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة: صحَّة تأجير العين المُؤْجَرة، سواءٌ كانت الأجرة الثَّانية مساويةً للأولى، أم زائدةً، أم ناقصةً؛ لحديث عائشة: مرفوعًا: «الخراج بالضَّمان» رواه أهل السُّنن، وصحَّحه التِّرمذيُّ، فكما أنَّ عليه ضمان المنافع؛ فله خراجها، ولأنَّ الإجارة بيعٌ فله أن يبيع بمثل الثَّمن أو أنقص، أو أزيد.

وعند الحنفيَّة: يجوز تأجير العين المؤجرة إذا كانت ممَّا لا يتفاوت النَّاس

بعدَ قبضِها[١] إذا أَجرَها المستأجِرُ (لِمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ) في الانتفاعِ أو دونَه؛ لأنَّ المنفعةَ لمَّا كانت مملوكةً له جاز له أن يَستوفِيَها بنفسِه ونائبِه[٢]، .....

في الانتفاع به، وتجوز الزِّيادة في الإجارة الثَّانية، لكن إن اتَّحد جنس الأجرتين؛ فإنَّ الزِّيادة لا تطيب للمستأجر، وعليه أن يتصدَّق بها، وإن لم يتَّحد جنس الأجرتين أو أحدث زيادةً في العين المستأجرة فتطيب الزِّيادة؛ لأنَّها في مقابل الزِّيادة المستحدثة.

وعن الإمام أحمد: أنَّ المستأجر لا يملك تأجير العين المؤجرة؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ: «نهى عن ربح ما لم يضمن» من حديث عبد الله بن عمرو ﵄، وأخذ المستأجر زيادةً على ما استأجر به من ذلك؛ لأنَّ المنافع لم تدخل في ضمانه بدليل أنَّها لو انهدمت الدَّار؛ لم تلزمه الأجرة.

ونوقش: بعدم التَّسليم، بل داخلةٌ في ضمانه، بدليل أنَّها لو فاتت من غير استيفاءٍ كانت من ضمانه.

(١) الأمر الثَّاني: أن يكون قبل القبض، فالمصحَّح عند الحنابلة، وبه قال أبو حنيفة، والمالكيَّة: الجواز مطلقًا؛ لأنَّ المعقود عليه المنافع، وهي لا تصير مقبوضةً بقبض العين، فلا يؤثِّر فيها القبض.

والمصحَّح عند الشَّافعيَّة، وهو وجهٌ عند الحنابلة: أنَّ المستأجر لا يملك إجارة العين قبل قبضها إلَّا من المُؤْجِر، قياسًا على البيع حيث لا يصحُّ بيع المبيع قبل قبضه، ويصحُّ للمؤجر؛ لأنَّ العين في قبضته، فلا يتعذَّر عليه. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٤/ ٤٢٥، حاشية ردِّ المختار ٦/ ٢٨، المدوَّنة ٤/ ٤٣٤، الإشراف ٢/ ٧٥، الكافي ٢/ ٧٤٨، حلية العلماء ٥/ ٤٠١، المهذب ١/ ٤١٠، المغني ٨/ ٥، المحرَّر ١/ ٣٥٧، الفروع ٤/ ٤٤٥، الإنصاف ٦/ ٣٤].

(٢) لأنَّ موجب عقد الإجارة ملك المنفعة، والتَّسلُّط على استيفائها بنفسه وبمن يقوم مقامه. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٥٦٥].

(لَا بِأَكْثَرَ مِنْهُ ضَرَرًا)[١]؛ لأنَّه لا يَملِكُ أن يستوفِيَه بنفسه، فبنائبِه أَوْلى.

وليس للمُستعيرِ أن يُؤْجِرَ إلا بإذنِ مالِكٍ[٢]، والأجرةُ له.

(وَتَصِحُّ إِجَارَةُ الوَقْفِ)[٣]؛ لأنَّ منافِعَه مملوكةٌ للموقوفِ عليه، فجاز له إجارَتُها؛ كالمستأجِرِ.

(فَإِنْ مَاتَ المُؤْجِرُ فَانْتَقَلَ) الوقفُ (إِلَى مَنْ بَعْدَهُ؛ لَمْ تَنْفَسِخْ)[٤]؛ ......

---

(١) وهذا باتِّفاق الأئمَّة.

فمن اكترى أرضًا لزرع بُرٍّ؛ فله زرع شعيرٍ ونحوه ممَّا ضرره أقلُّ من ضرر الحنطة، ولا يجوز أكثر منه ضررًا كَذُرَةٍ وقطنٍ. [انظر: المصادر السَّابقة].

وإن تقبل أجيرٌ عملًا في ذمَّته بأجرةٍ كخياطةٍ أو غيرها، فلا بأس أن يقبله غيره بأقلَّ منها، ولو لم يُعِنْ فيه بشيءٍ. [انظر: كشَّاف القناع ٣/ ٥٦٦].

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لأنَّ الإعارة تفيد إباحة الانتفاع دون تمليك النَّفع، فلا يملك تمليكها لغيره بالإجارة.

وعند المالكيَّة: أنَّ المستعير يملك إجارة العاريّة؛ لأنَّ المستعير مالكٌ للانتفاع بالعاريّة بنفسه، فله تأجيرها لغيره؛ لأنَّ من ملك شيئًا؛ ملك تمليكه لغيره.

ونوقش: بعدم التَّسليم، بل العارية تفيد إباحة الانتفاع دون التَّملُّك. [انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ١٧٩، الاختيار ٣/ ٥٦، التَّفريع ٢/ ٢٦٩، الفروق ١/ ١٨٧، روضة الطَّالبين ٥/ ٢٥٦، الفروع ٤/ ٤٧٤، المبدع ٥/ ٨١].

(٣) باتِّفاق الأئمَّة. [انظر: المصادر الآتية].

(٤) مُؤْجِر العين الموقوفة لا يخلو من حالتين:

الأولى: ألَّا يكون من أهل استحقاق الرَّيع، فإذا مات فلا أثر لموته على عقد الإجارة، ولا ينفسخ عقدها بموته باتِّفاق الأئمَّة؛ لأنَّ النَّاظر إنَّما أَجَرَ

لأنَّه أَجَرَ مِلْكَه في زَمَنِ ولايتِه، فلم تَبطُلْ بموتِه؛ كمالكِ الطِّلْقِ، (وَلِلثَّانِي حِصَّتُهُ مِنَ الأُجْرَةِ) مِن حينِ موتِ الأَوَّلِ[١]، فإن كان قَبَضَها رَجَع في تركتِه بحصَّتِه؛ لأنَّه تَبيَّن عدمُ استحقاقِه لها[٢]، فإن تعذَّر أَخْذُها فظاهِرُ كلامِهِم:

بطريق الولاية، ومن يلي النَّظر بعده إنَّما يملك التَّصرُّف فيما لم يتصرَّف فيه الأوَّل.

الثَّانية: أن يكون من أهل استحقاق الرَّيع:

فالمذهب: أنَّ عقد الإجارة لا يتأثَّر بموت العاقد المستحقِّ إلَّا إذا كان قد أجره بأصل الاستحقاق، وعند المالكية، وهو قولٌ للشَّافعيَّة: أن ينفسخ بموته مطلقًا.

وعند الحنفيَّة وهو قولٌ للشَّافعيَّة: أنَّه ينفسخ مطلقًا. [انظر: فتاوى قاضي خان ٣/ ٣٣٤، الشَّرح الكبير ٢/ ٢٨٢، مواهب الجليل ٦/ ٣٣٤، المهذَّب ١/ ٤٠٧، الفروع ٤/ ٣٤٣، التَّنقيح ص ٦٤].

(١) أو حين انتقال الاستحقاق كمن وقف دارًا على ابنته ما دامت عزبًا، ثمَّ على زيدٍ، فآجَرَتْها مدَّةً وتعجَّلت الأجرة ثمَّ تزوَّجت في أثنائها؛ فيأخذ زيدٌ ما يقابل استحقاقه.

(٢) أي: فإن كان المُؤْجِر قبض الأجرة رجع الثَّاني المستحقُّ للمنافع في تركة المؤجر الأوَّل بحصَّته من الاستحقاق.

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٤/ ٣٤٦: (وقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: إن كان قبضها المُؤْجِر رجع بذلك في تركته، فإن لم تكن تركةً فأفتى بعض أصحابنا بأنَّه إذا كان الموقوف عليه هو النَّاظر فمات فللبطن الثَّاني فسخ الإجارة، والرُّجوع بالأجرة على من هو في يده). اهـ.

وقال أيضًا: (والَّذي يتوجَّه أوَّلًا أنَّه لا يجوز سَلَف الأجرة للموقوف عليه؛ لأنَّه لا يستحقُّ المنفعة المستقبلة، ولا الأجرة عليها، فالتَّسليف لهم قبض ما لا

أنها تَسقُطُ[١]، قاله في المبدعِ[٢]، وإن لم تُقْبَضْ فَمِن مستأجِرٍ.

وقدَّم في التَّنقيحِ[٣]: أنها تَنفسِخُ إن كان المُؤْجِرُ الموقوفَ عليه بأصلِ الاستحقاقِ[٤].

وكذا حُكمُ مُقْطَعٍ آجَرَ إقطاعَه ثم أُقْطِع لغيرِه[٥].

وإن آجَر الناظِرُ العامُّ أو مَن شُرِطَ له وكان أجنبيًّا؛ لم تَنفسِخ الإجارةُ

يستحقُّونه بخلاف المالك، وعلى هذا فللبطن الثَّاني أن يطالبوا بالأجرة المستأجرة؛ لأنَّه لم يكن له التَّسليف، ولهم أن يطالبوا النَّاظر).

(١) أي: فإن لم تقبض الأجرة فالمنتقل إليه الاستحقاق يأخذ حصَّته من مستأجرٍ؛ لعدم براءته منها.

(٢) ٥/ ٨٢.

(٣) ص ٢٢١.

(٤) وهو من يستحقُّ النَّظر؛ لكونه موقوفًا عليه ولم يشترط الواقف ناظرًا، والمراد فيما بقي من المدَّة؛ لأنَّه آجر ملكه وملك غيره، فصحَّ في ملكه دون ملك غيره.

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٤/ ٣٤٤: (وتجوز إجارة الوقف، فإن مات المؤجر فانتقل إلى من بعده؛ لم تنفسخ الإجارة في أحد الوجهين... وهو المذهب على ما اصطلحناه... والوجه الثَّاني: تنفسخ؛ جزم به القاضي... واختاره ابن عقيلٍ... والشَّيخ تقيُّ الدِّين وغيرهم، قال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: هذا أصحُّ الوجهين... قال ابن رجبٍ في قواعده: وهو المذهب الصَّحيح؛ لأنَّ الطَّبقة الثَّانية تستحقُّ العين بمنافعها تلقيًا عن الواقف بانقراض الطَّبقة الأولى، قدَّمه في الرِّعاية الصُّغرى... قلت: وهو الصَّواب، وهو المذهب...).

(٥) أي: وكحكم موقوفٍ عليه حكمُ مقطَعٍ أرضًا وغيرها إقطاع نفعٍ أَجَرَ إقطاعه مدَّةً، ثمَّ انتقل ما أَجَرَه إلى غيره.

بموتِه ولا عَزلِه(١).

وإن آجَر الوليُّ اليتيمَ أو مالَه، أو السيدُ العبدَ، ثم بَلَغ الصبيُّ وَرَشَد، وعَتَق العبدُ، أو مات الوليُّ أو عُزِل؛ لم تَنفسِخ الإجارةُ(٢)، إلا أن يُؤْجِرَه مدَّةً يَعلَمُ بُلوغَه أو عِتقَه(٣) فيها، فَتَنفسِخُ مِن حِينهما(٤).

---

(١) في الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٤/ ٣٤٥: (محلُّ الخلاف المتقدِّم إذا كان المُؤْجِر هو الموقوفَ عليه بأصل الاستحقاق، فأمَّا إن كان المُؤْجِر هو النَّاظرَ العامَّ، أو من شرط له وكان أجنبيًّا؛ لم تنفسخ الإجارة بموته قولًا واحدًا، قاله المصنِّف والشَّارح والشَّيخ تقيُّ الدِّين).

لقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾.

(٢) وهذا هو المذهب، لقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾؛ ولأنَّه عقدٌ لازمٌ بحقِّ الولاية فلم يبطل بالبلوغ كما لو باع داره أو زوجه، وفي الإنصاف: (ويحتمل أن تنفسخ، وهو وجهٌ في الصَّبيِّ، وتخريجٌ في العبد من الصَّبيِّ، قال في القاعدة الرَّابعة والثَّلاثين: وعند الشَّيخ تنفسخ إلَّا أن يستثنيها في العتق، فإنَّ له استثناء منافعه بالشُّروط، والاستثناء الحكميُّ أقوى، بخلاف الصَّبيِّ إذا بلغ ورشد، فإنَّ الوليَّ تنقطع ولايته عنه بالكليَّة، فعلى المذهب: لا يرجع العتيق على سيِّده بشيءٍ من الأجرة، وقيل: يرجع بحقِّ ما بقي كما يلزمه نفقته إن لم يشترطها على مستأجرٍ، قال في الفروع: ويتوجَّه مثله فيما إذا أجره ثمَّ وقفه... محلُّ الخلاف إذا لم يعلم بلوغه عند فراغها...).

(٣) قال المرداويُّ في الإنصاف ١٤/ ٤٣٩: (ويتصوَّر ذلك بأن يعلِّق عتقه على صفةٍ توجد في مدَّة الإجارة).

(٤) وهذا هو المذهب؛ لئلَّا يتصرَّف الوليُّ في غير زمن ولايته على المأجور.

وقيل: تنفسخ، قال ابن رجبٍ في القاعدة «السَّادسة والثَّلاثين»: هذا الأشهر، واختاره القاضي. [انظر: المصدر السَّابق].

(وَإِنْ أَجَرَ الدَّارَ وَنَحْوَهَا) كالأرضِ (مُدَّةً) معلومةً (وَلَوْ طَويلَةً يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ بَقَاءُ العَيْنِ فِيهَا؛ صَحَّ)[1]، ولو ظُنَّ عدمُ العاقِدِ فيها.

---

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفيَّة، والشَّافعيَّة: ويعتبر ألَّا يظنَّ عدم العين المُؤْجَرة في أمد الإجارة؛ لقوله تعالى: ﴿عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾؛ ولأنَّ الأصل عدم التَّحديد.

وعند المالكيَّة، وهو قول الشَّافعيَّة: لا تجوز أكثر من ثلاثين سنةً؛ لأنَّها نصف العمر.

وفي قولٍ للشَّافعيَّة: لا تجوز أكثر من سنةٍ، لاندفاع الحاجة بها. [انظر: بدائع الصَّنائع ٤/ ١٨١، شرح الخرشيِّ ٧/ ١١، المهذَّب ١/ ٣٩٦، المغني مع الشَّرح الكبير ٦/ ٧].

مسألةٌ: اختلف الفقهاء فيما إذا آجره وأطلق، فهل يشترط بيان وقت الابتداء؟

القول الأوَّل: إذا قال: آجرتك شهرًا أو سنةً ولم يبيِّن وقت ابتداء المدَّة، فإنَّ ذلك يصحُّ، ويكون ابتداء المدَّة من حين العقد، وهذا قول الجمهور؛ لأنَّ الأصل في العقود المطلقة أن تكون ناجزةً، ويدلُّ لذلك: قوله تعالى حكاية عن شعيبٍ: ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾، ولم يذكر شعيبٌ ابتداء المدَّة.

القول الثَّاني: لا بدَّ من اشتراط أن تكون المدَّة من حين العقد، وهو قول بعض الشَّافعيَّة، وقول بعض الحنابلة. [انظر: البحر الرَّائق ٨/ ٢٠، شرح ميَّارة ٢/ ٨٢، حاشية الجمل ٣/ ٥٥٢، مطالب أُولي النُّهى ٣/ ٦٢٣].

وإذا قال المُؤْجِر: أَجَرْتك داري إذا دخل شهر رمضان، فهل تنعقد الإجارة؟

القول الأوَّل: يصحُّ إضافة الإجارة إلى زمنٍ مستقبلٍ، ولا يصحُّ ذلك في

....

البيع، وهو قول الجمهور.

ووجه التَّفريق بين البيع والإجارة: أنَّ المبيع المعيَّن لا يقبل التَّأجيل، وإذا لم يقبل التَّأجيل لم يصحَّ إضافته إلى المستقبل، وأمَّا الإجارة فتقبل التَّأجيل مطلقًا معيَّنةً كانت أو في الذِّمَّة؛ ولما رواه البخاريُّ عن عائشة ﵂ قالت: «واستأجر رسول الله ﷺ رجلًا من بني الدِّيل هاديًا خرِّيتًا، وهو على دين كفَّار قريشٍ، فدفعا إليه راحلتيهما، ووعداه غار ثورٍ بعد ثلاث ليالٍ، فأتاهما براحلتيهما صبح ثلاثٍ»، فدلَّ هذا على جواز إضافة عقد الإيجار إلى الزَّمن المستقبل.

القول الثَّاني: التَّفريق بين إجارة العين وإجارة الذِّمَّة، فلا يصحُّ في إجارة العين إضافتها إلى المستقبل، ويصحُّ ذلك في الإجارة إذا كانت في الذِّمَّة، وهذا مذهب الشَّافعيَّة؛ لأنَّ الأعيان عندهم لا تقبل التَّأجيل مطلقًا بيعًا كان أو إجارةً، وما في الذِّمَّة يجوز حالًّا ومؤجَّلًا بيعًا كان أو إجارة كالسَّلم.

واستثنى الشَّافعيَّة من إجارة العين ما لو أُجِرَتِ العين مدَّةً جديدةً لنفس المستأجر قبل انقضائها لاتِّصال المدَّتين مع اتِّحاد العين المستأجرة.

القول الثَّالث: اختار ابن حزمٍ منع اشتراط الإضافة إلى المستقبل بناءً على مذهبه في تحريم كلِّ الشُّروط، ولو كان شرطًا لا محذور فيه إلَّا ما نصَّ الشَّارع بعينه على جوازه. [انظر: المصادر السَّابقة].

وإذا أَجَرَه داره كلُّ شهرٍ بكذا، فما حكم هذه الإجارة، وهل يصحُّ في شهرٍ واحدٍ أو في أكثر؟

القول الأوَّل: يعتبر العقد لازمًا صحيحًا في الشَّهر الأوَّل، وأمَّا في الشَّهر الثَّاني فلا يلزم إلَّا إذا تلبَّس فيه من غير فسخٍ، وهذا مذهب الحنفيَّة، والحنابلة؛ لما رواه مجاهدٌ قال: قال عليٌّ: «جعت مرَّةً بالمدينة جوعًا شديدًا، فخرجت أطلب العمل في عوالي المدينة، فإذا أنا بامرأةٍ قد جمعت مدرًا، فظننتها تريد

ولا فرقَ بينَ الوقفِ[١] والمِلكِ؛ لأنَّ المعتبرَ كونُ المستأجِرِ يُمكِنُهُ استيفاءُ المنفعةِ منها غالبًا.

بلَّه فأتيتها، فقاطعتها: كلُّ ذَنوبٍ على تمرةٍ، فمددت ستَّة عشر ذنوبًا حتَّى مَجِلَتْ يداي، ثمَّ أتيت الماء فأصبت منه، ثمَّ أتيتها فقلت: بكفي هكذا بين يديها - وبسط إسماعيل [أي: راوي الحديث] يديه وجمعهما - فعدَّت لي ستَّ عشرة تمرةً، فأتيت النَّبيَّ ﷺ فأخبرته فأكل معي منها»، رواه أحمد في المسند ١/ ١٣٥، وهو منقطعٌ؛ مجاهدٌ لم يسمع من عليٍّ.

ولأنَّ كلمة (كلٌّ) في قوله: (كلُّ شهرٍ بكذا) إذا دخلت على مجهولٍ وأفراده معلومةٌ انصرفت إلى الواحد لكونه معلومًا، وتفسد في الباقي للجهالة.

القول الثَّاني: العقد غير لازمٍ، ولكلٍّ منهما فسخه متى شاء، ويلزمه فيما سكن حصَّته من الكراء إلَّا أن ينقده، فما نقده من أجرةٍ لزم العقد بمقدار ما عجَّل من الأجرة، وهو قول المالكيَّة؛ لأنَّهما لـمَّا حدَّدا مقدار الأجرة، ولم يحدِّدا مدَّة الإجارة، ولم ينقد المستأجر الأجرة دلَّ ذلك على أنَّهما أرادا بذلك عقد الإجارة على اعتبار خيار الفسخ لكلٍّ واحدٍ منهما.

القول الثَّالث: العقد فاسدٌ، وهو قول الشَّافعيَّة، وقولٌ في مذهب الحنابلة؛ لجهالة المدَّة. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) باتِّفاق الأئمَّة: أنَّه إذا اشترط الواقف مدَّةً معيَّنةً في إجارة الوقف فيجب مراعاة هذا الشَّرط، فلا يزيد على المدَّة المحدَّدة ما لم يكن هناك مصلحةٌ أو ضرورةٌ، فيجوز عن طريق القاضي، أمَّا إذا لم يشترط الواقف مدَّةً معيَّنةً بل أطلق، فإنَّه يجب أن يفعل ما فيه مصلحة الوقف من الإجارة يوميًّا، أو أسبوعيًّا، أو شهريًّا أو سنويًّا.

واختلف العلماء في تأجير الوقف مدَّةً طويلةً: فالمذهب، وهو قول بعض الشَّافعيَّة: جواز ذلك؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وليس لوكيلٍ مطلقٍ إجارةُ مدةٍ طويلةٍ[(١)]، بل العُرفُ؛ كسنتينِ ونحوِهما[(٢)]، قاله الشيخُ تقيُّ الدينِ[(٣)].

ومذهب الحنفيَّة، والمالكيَّة، وبه قال كثيرٌ من الشَّافعيَّة، وبعض الحنفيَّة: عدم جواز ذلك؛ لأنَّ الأصل في الوقف التَّأبيد والدَّوام والاستمرار؛ لعموم قول النَّبيِّ ﷺ لعمر: «تصدَّق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث» متَّفقٌ عليه، وفي الإجارة الطَّويلة إبطالٌ لهذا الأصل، ولأنَّ ناظر الوقف إنَّما يلي إجارة الوقف ما دام حيًّا، وفي الإجارة يتصرَّف خارج حدود ولايته.

واختلف أصحاب هذا القول في تحديد المدَّة الَّتي يجوز تأجير الوقف فيها:

ففي الأصحِّ عند الحنفيَّة والشَّافعيَّة: أنَّه يجوز إلى ثلاث سنين.

وعند المالكيَّة: تجوز السَّنة والسَّنتان ونحوهما إذا كان على معيَّنٍ، فإن كان على غير معيَّنٍ كالفقراء ونحوهم؛ جاز الكراء أربعةَ أعوامٍ لا أكثر إن كان أرضًا، والعامَ لا أكثر إن كان دارًا، وإن كانت لمن مرجعها إليه فكالعشر، وصورتها: أنَّ من حبَّس على زيدٍ ثمَّ على عمرٍو، فإنَّه يجوز لعمرٍو أن يكتريها من زيدٍ عشرة أعوامٍ.

وذهب بعض الشَّافعيَّة وبعض الحنابلة: إلى اعتبار العرف والعادة. [انظر: فتح القدير ٦/ ٢٤٢، حاشية ابن عابدين ٤/ ٤٠٠، الشَّرح الكبير للدَّردير وحاشيته ٤/ ٩٦، نهاية المحتاج ٥/ ٣٠٦، تحفة المحتاج ٦/ ١٧٣، المبدع ٥/ ٨٥، الاختيارات: ص ١٥٤].

(١) أي: وليس لوكيلٍ مطلقٍ غير مقدَّرٍ له أمدًا الإجارةُ مدَّةً طويلةً كخمس سنين.

(٢) كثلاث سنين.

(٣) الاختيارات: ص ١٥٤.

ولا يُشترَطُ أن تَليَ المدةُ العقدَ، فلو أَجَرَه سنةَ خمسٍ في سنةِ أربعٍ؛ صحَّ[١]، ولو كانت العينُ مُؤْجَرةً أو مرهونةً حالَ العقدِ، إنْ قَدَرَ على تسليمِها عندَ وجوبِهِ[٢].

(وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا)، أي: العينَ (لِعَمَلٍ؛ كَدَابَّةٍ لِرُكُوبٍ إِلَى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ؛ أَوْ بَقَرٍ لحَرْثِ) أرضٍ معلومةٍ بالمشاهدةِ؛ لاختلافِها بالصَّلابةِ والرّخاوةِ[٣]، (أَوْ دِيَاسِ زَرْعٍ) معيَّنٍ أو موصوفٍ؛ لأَنَّها منفعةٌ مباحةٌ مقصودةٌ، (أَوِ) استأجر (مَنْ يَدُلُّهُ عَلَى طَرِيقٍ؛ اشْتُرِطَ مَعْرِفَةُ ذَلِكَ) العملِ، (وَضَبْطُهُ بِمَا لَا يخْتَلِفُ)[٤]؛ لأنَّ العملَ هو المعقودُ عليه، فاشتُرِطَ فيه العلمُ؛ كالمبيعِ.

(وَلَا تَصِحُّ) الإجارةُ (عَلَى عَمَلٍ يخْتَصُّ أَنْ يَكُونَ فَاعِلُهُ مِنْ أَهْلِ القُرْبَةِ)، أي: مسلمًا[٥]؛ كالحجِّ[٦] ....

---

(١) لجواز العقد عليها مع غيرها، فجاز العقد عليها مفردةً كالَّتي تلي العقد.

(٢) لأنَّه إنَّما يشترط القدرة على التَّسليم عند وجوبه كالسَّلم.

(٣) ولا تنضبط بالصِّفة، فتحتاج إلى الرُّؤية؛ لئلَّا تكون صلبةً تتعب البقر. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٤/ ٣٦٥].

والأقرب: جواز ضبطه بالصِّفة إن أمكن ضبطه بها.

(٤) وكذا كلُّ عملٍ يستأجر عليه يشترط معرفة العمل، وضبطه بما لا يختلف.

(٥) أمَّا ما لا يتعدَّى نفعه من العبادات المحضة؛ كصلاة الإنسان لنفسه، وصيامه وزكاته وحجِّه لنفسه، فلا يجوز أخذ الأجرة عليه بلا خلافٍ؛ لأنَّ الأجر عوض الانتفاع ولم يحصل لغيره انتفاعٌ، وأمَّا ما يقع تارةً قربةً، وتارةً غير قربةٍ؛ كتعليم الخطِّ والحساب، وبناء المساجد ونحو ذلك، فيجوز أخذ العوض عليه.

(٦) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفيَّة؛ لأنَّ الحجَّ عبادةٌ بدنيَّةٌ فلا يجوز

والأذانِ[١] ....

الاستئجار عليها؛ كالصَّوم والصَّلاة؛ ولأنَّ الحجَّ يقع طاعةً، فلا يجوز أخذ العوض عليه.

وعند المالكيَّة، والشَّافعيَّة: يجوز أخذ الأجرة على الحجِّ؛ لما روى ابن عبَّاسٍ ﵄: أنَّ امرأةً من خثعم قالت: يا رسول الله؛ إنَّ أبي أدركته فريضة الله في الحجِّ شيخًا كبيرًا لا يستطيع أن يستوي على ظهر بعيره. قال: «فحجِّي عنه» متَّفقٌ عليه.

فإذا جازت النِّيابة فيه؛ جاز أخذ الأجرة عليه، ولما يأتي من حديث سهل ابن سعدٍ ﵁.

قال شيخ الإسلام كما في المجموع ٢٦/١٩: (ولا يستحبُّ للرَّجل أن يأخذ مالًا يحجُّ به عن غيره، إلَّا لأحد رجلين: إمَّا رجلٌ يحبُّ الحجَّ ورؤية المشاعر، وهو عاجزٌ، فيأخذ ما يقضي به وطره الصَّالح، ويؤدِّي عن أخيه فريضة الحجِّ، أو رجلٌ يحب أن يبرئ ذمَّة الميِّت عن الحجِّ، إمَّا لصلةٍ بينهما أو لرحمةٍ عامَّةٍ بالمؤمنين ونحو ذلك، فيأخذ ما يأخذ ليؤدِّي به ذلك، وجماع هذا أنَّ المستحبَّ أن يأخذ ليحجَّ، لا أن يحجَّ ليأخذ).

(١) فالمذهب، ومذهب الحنفيَّة، ووجهٌ للشَّافعيَّة: لا يجوز أخذ الأجرة على الأذان؛ لما روى عثمان بن أبي العاص قال: «إنَّ آخر ما عهد إليَّ رسول الله ﷺ أن اتَّخذ مؤذِّنًا لا يأخذ على أذانه أجرًا»، رواه أبو داود، والتِّرمذيُّ، وصحَّحه النَّسائيُّ، وابن ماجه، ولورود ذلك عن ابن عمر ﵄ أخرجه ابن حبَّان.

وعند المالكيَّة، ووجهٌ عند الشَّافعيَّة: جواز أخذ الأجرة على الأذان؛ لما روى النَّسائيُّ أنَّ النَّبيَّ ﷺ: «أعطى أبا محذورة صرَّةً فيها شيءٌ من الفضَّة لـمَّا أذَّن».

ونوقش: بأنَّه ليس أجرةً؛ لأنَّه لم يقع على سبيل المشارطة. [انظر: المبسوط ١٥٨/٤، جواهر الإكليل ٣٧/١، ١٦٣، ١٨٩/٢، روضة الطَّالبين

وتعليمِ القرآنِ[١]؛ لأنَّ مِن شَرطِ هذه الأفعالِ كونَها قربةً إلى اللهِ تعالى، فلم

١/ ٢٠٥، الإنصاف ٦/ ٤٥].

أمَّا أخذ الأجرة على الإمامة في الصَّلاة؛ فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: أنَّه لا يجوز؛ لما تقدَّم من حديث عثمان بن أبي العاص، فالصَّلاة أشدُّ.

وعند المالكيَّة: إن كانت تابعةً للأذان؛ جاز أخذ الأجرة عليها، وإن كانت وحدها فلا، لما يأتي من حديث سهل بن سعدٍ ﷺ: «إنَّ أحقَّ ما أخذتم عليه أجرًا كتاب الله»، متَّفقٌ عليه. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) وهذا هو المذهب، وبه قال أبو حنيفة؛ عدم جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن؛ لما روى عبادة بن الصَّامت ﷺ قال: «علَّمت ناسًا من أهل الصُّفَّة القرآن والكتابة، فأهدى إليَّ رجلٌ منهم قوسًا، قال: قلت: قوسٌ وليست بمالٍ أتقلَّدها في سبيل الله، فذكرت ذلك للنَّبيِّ ﷺ، فقال: إن سَرَّك أن يقلِّدك الله قوسًا من نارٍ فاقبلها»، رواه أحمد، وأبو داود، وابن ماجه، وفي سنده الأسود ابن ثعلبة، قال ابن المدينيِّ: (لا نعرفه). [انظر: عون المعبود ٣/ ٢٧٦]؛ ولما روى عبد الرَّحمن بن شبلٍ الأنصاريُّ ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «اقرؤوا القرآن ولا تغلوا فيه، ولا تَجْفُوا عنه، ولا تأكلوا به، ولا تستكثروا به» رواه أحمد، وأبو يعلى، والطَّبراني في الكبير، والبيهقي، وقال ابن حجرٍ في الفتح ٩/ ١٠١: (سنده قويٌّ)؛ ولأنَّ من شرط صحَّة هذه الأفعال كونها قربةً إلى الله تعالى فلم يجز أخذ الأجر عليها.

وقد نصَّ الحنفيَّة: أنَّه لا يجوز قراءة القرآن بأجرٍ، وأنَّه لا يترتَّب على ذلك ثوابٌ، والآخذ والمعطي آثمان، وأنَّ ما يحدث من قراءة القرآن بأجرٍ عند المقابر والمآتم لا يجوز، والإجارة على مجرَّد القراءة باطلةٌ.

والقول بعدم جواز أخذ الأجرة على تلاوة القرآن قول الشَّافعيَّة، والحنابلة.

لكنَّ المتأخِّرين من الحنفيَّة: أجازوا الإجارة على تعليمه استحسانًا.

وعند المالكيَّة، والشَّافعيَّة: يجوز أخذ الأجرة على تعليم القرآن؛ لحديث

يجزْ أَخْذُ الأجرةِ عليها، كما لو استأجَرَ قَومًا يُصلُّون خلفَه[1].

سهل بن سعدٍ ﷺ أنَّ رسول الله ﷺ زوَّج رجلًا بما معه من القرآن بلفظ: «اذهب فقد ملَّكتكها بما معك من القرآن» متَّفقٌ عليه؛ ولحديث ابن عبَّاسٍ ﷺ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «إنَّ أحقَّ ما أخذتم عليه أجرًا كتاب الله»، متَّفقٌ عليه.

ولأنَّه لا يكاد يوجد متبرِّعٌ، فيحتاج إلى بذل الأجر فيه. [انظر: المبسوط ١٦/ ٣٧، حاشية ابن عابدين ٦/ ٥٥، المدوَّنة: ٤/ ٤١٩، حاشية الرَّهونيِّ على شرح الزُّرقانيِّ ٧/ ١٤، أسنى المطالب ٢/ ٤١٠، حاشية البجيرميِّ ٥/ ٧١، المغني مع الشَّرح الكبير ٦/ ١٤٠، مطالب أُولي ٣/ ٦٣٨، نيل الأوطار ٥/ ٣٢٦].

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص ١٥٢: (ويجوز أن يأخذ الأجرة على تعليم الفقه والحديث ونحوهما إن كان محتاجًا). [انظر: مجموع الفتاوى ٣٣/ ٢٠٧].

(١) أخذ الأجرة على الطَّاعات: لا يخلو أخذ العوض على الطَّاعات من أقسامٍ:

القسم الأوَّل: أخذ الجعل كما لو قال: من أذَّن في هذا المسجد فله كذا وكذا فهذا جائزٌ.

القسم الثَّاني: الأخذ من بيت المال أو الأوقاف والوصايا، فهذا أيضًا جائزٌ.

القسم الثَّالث: الأخذ بلا مشارطةٍ، فهذا جائزٌ.

القسم الرَّابع: كلُّ عبادةٍ مختصَّةٍ بالمال فلا خلاف في صحَّة النِّيابة فيها كالزَّكاة.

وكلُّ عبادةٍ مختصَّةٍ بالجسد، ولا يتعدَّى نفعُها فاعلَها كالصَّلاة لا يجوز أخذ الأجرة عليها؛ لأنَّ الأجر عوض الانتفاع، ولم يحصل لغيره انتفاعٌ.

ويجوزُ أَخْذُ رِزْقٍ على ذلك مِن بيتِ المالِ[١]، وجِعالةٍ، وأخذٌ بلا شرطٍ.
ويُكره للحرِّ أَكْلُ أَجرٍ على حِجامةٍ[٢]، ....

القسم الخامس: الأخذ عن طريق المشارطة، فهذا موضع الخلاف.

ما يتعدَّى نفعها للغير كالإمامة والأذان والإقامة، وتعليم القرآن والفقه والحديث

ذهب الحنفيَّة، والمشهور في مذهب الحنابلة: أنَّ الأفعال الَّتي يختصُّ فاعلها أن يكون من أهل القربة لا يجوز الإجارة عليها، كالصَّلاة والحجِّ، والأذان، وتعليم القرآن، والإمامة وتغسيل الميِّت، وأمَّا الأفعال الَّتي تقبل أن تقع قربةً، وتقع غير قربةٍ فيجوز الاستئجار عليها كبناء المساجد والرُّبُط ونحوها.

وذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة: أنَّ كلَّ ما لا يتعيَّن على الأجير أداؤه يجوز الاستئجار عليه إذا كانت تجري فيه النِّيابة، وهو الأقرب، وتقدَّمت الأدلَّة في المسائل السَّابقة.

(١) لحديث عمر: «ما أتاك من هذا المال وأنت غير مشرفٍ ولا سائلٍ فخذه» متَّفقٌ عليه.

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص ١٥٣: (وأمَّا ما يؤخذ من بيت المال فليس عوضًا وأجرةً، بل رزقٌ للإعانة على الطَّاعة، فمن عمل منهم لله أثيب، وما يأخذ فهو رزقٌ للمعونة على الطَّاعة، وكذلك المال الموقوف من أعمال البرِّ والموصى به والمنذور كذلك ليس كالأجرة...).

(٢) الحجامة لغةً: مأخوذةٌ من الحجم، وهو المصُّ.

وعند الفقهاء: إخراج الدَّم من القفا بواسطة المصِّ بعد الشَّرط بالحجم لا بالفصد.

وعند الخطَّابيِّ والزُّرقانيِّ: أنَّها ليست خاصَّةً بالقفا، بل تكون من سائر البدن. [انظر: إكمال الإكمال ٤/ ٢٦٥، شرح الزُّرقانيِّ على الموطَّأ ٢/ ١٨٧،

ويُطعِمُه الرقيقَ والبهائِمَ(١).

فتح الباري ١٢/ ٢٤٤].

(١) جمهور أهل العلم: جواز أخذ الأجرة على الحجامة.

وعن الإمام أحمد، وهو قول طائفةٍ من أهل الحديث: عدم جواز أخذ الأجرة على الحجامة. [انظر: حاشية ابن عابدين ٥/ ٣٣، إكمال الإكمال ٤/ ٢٥١، شرح النَّوويِّ لصحيح مسلمٍ ١٠/ ٢٣٣، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٤/ ٣٨٨، نيل الأوطار ٦/ ٢٣].

وقال شيخ الإسلام في مجموع الفتاوى ٣٠/ ١٩١: (أمَّا يده إذا لم يكن فيها نجاسةٌ فكسائر أيدي المسلمين، ولا يضرُّ تلويثها بالدَّم إذا غسلها، وقد ثبت في الصَّحيحين عن ابن عبَّاسٍ قال: «احتجم رسول الله ﷺ وأعطى الحجَّام أجره، ولو كان سحتًا لم يعطه إيَّاه»، ولا ريب أنَّ الحجَّام إذا حجم يستحقُّ أجرة حجمه، وقد أرخص النَّبيُّ ﷺ له أن يعلفه ناضحه ويطعمه رقيقه كما في حديث محصنٍ... واحتجَّ بهذا أكثر العلماء: أنَّه لا يحرم، وإنَّما يكره للحرِّ تنزيهًا، قالوا: لو كان حرامًا لما أمره أن يطعمه رقيقه...، ومنهم من قال: بل يحرم؛ لما روى مسلمٌ عن رافع بن خديجٍ أنَّ رسول الله ﷺ قال: «كسب الحجَّام خبيثٌ، وثمن الكلب خبيثٌ، ومهر البغيِّ خبيثٌ». قال الأوَّلون: قد ثبت عنه أنَّه قال: «من أكل من هاتين الشَّجرتين الخبيثتين» وليستا حرامًا، فيكون تسميته خبيثًا لملاقاة صاحبه النَّجاسة).

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص ١٥٧: (واتِّخاذ الحجامة صناعةً يتكسَّب بها هو ممَّا نهي عنه عند إمكان الاستغناء عنه، فإنَّه يفضي إلى كثرة مباشرة النَّجاسات والاعتناء بها، لكن إذا عمل ذلك العمل بالعوض استحقَّه، وإلَّا فلا يجتمع عليه استعماله في مباشرة النَّجاسة وحرمانه أجرته، ونهي عن أكله مع الاستغناء عنه مع أنَّه ملكه، وإذا كانت عليه نفقة رقيقٍ أو بهائم يحتاج

(وَ) يجبُ (عَلَى المُؤْجِرِ كُلُّ مَا يَتَمَكَّنُ بِهِ) المستأجِرُ (مِنَ النَّفْعِ[١]؛ كَزِمَامِ الجَمَلِ)، وهو الذي يَقودُه به، (وَرَحْلِهِ، وَحِزَامِهِ) بكسرِ الحاءِ المهملةِ، (وَالشَّدِّ عَلَيْهِ)، أي: على الرَّحلِ[٢]، (وَشَدِّ الأَحْمَالِ وَالمَحَامِلِ[٣]، وَالرَّفْعِ وَالحَطِّ، وَلُزُومِ البَعِيرِ)؛ ليَنزِلَ المستأجِرُ لصلاةِ فرضٍ[٤]، وقضاءِ حاجةِ إنسانٍ، وطهارةٍ[٥]، ويدعُ البعيرَ واقفًا حتى يَقضيَ ذلك[٦].

(وَمَفَاتِيحُ الدَّارِ) على المُؤْجِرِ؛ لأنَّ عليه التَّمكينَ مِن الانتفاعِ، وبه يحصُلُ، وهي أمانةٌ في يدِ المستأجِرِ[٧].

إلى نفقتها أنفق عليها من ذلك؛ لئلَّا يفسد ماله، وإذا كان الرَّجل محتاجًا إلى الكسب ليس له ما يغنيه عنه إلَّا مسألة النَّاس؛ فهو خيرٌ له من مسألة النَّاس).

وكذا أكل أجرةٍ على كسح كنيفٍ، لا على إلقاء ميتةٍ وإراقة خمرٍ؛ لعدم مباشرة النَّجاسة غالبًا.

(١) ممَّا جرى به عادةٌ أو عرفٌ، مع إطلاق عقد الإجارة، وهذا ضابطٌ.

(٢) الَّذي يركب عليه. وفي المصباح ١/٢٢٢: (والرَّحْل: كلُّ شيءٍ يعدُّ للرَّحيل من وعاءٍ للمتاع ومركبٍ للبعير...).

(٣) الَّتي يركب فيها. وفي المطلع ص١٧١: (المَحْمِل:... مركبٌ يركب عليه على البعير).

(٤) لا نافلةٍ؛ لأنَّها تفعل على الرَّاحلة، ولا لأكلٍ وشربٍ؛ لأنَّه يمكن فعله عليها بلا مشقَّةٍ.

(٥) لأنَّه لا يمكن فعله على ظهر دابَّةٍ. [انظر: كشَّاف القناع ٤/١٥].

(٦) هذا إذا كان الكِرى على أن يذهب معه المُؤْجِر، أمَّا من أكرى بعيرًا ونحوه لإنسانٍ ليركبه بنفسه وسلَّمه إليه لم يلزمه سوى ذلك.

وفي الإنصاف ١٤/٤٢٣: (ينبغي أن يرجع في ذلك إلى العرف والعادة).

(٧) فإن ضاعت أو تلفت بغير تفريطٍ أو تعدٍّ من المستأجر؛ فعلى المُؤْجِر بدلها.

(وَ) على المُؤْجِرِ أيضًا (عِمَارَتُهَا)، فلو سَقَط حائِطٌ أو خشبةٌ؛ فعليه إعادتُه[١].

(فَأَمَّا تَفْرِيغُ البَالُوعَةِ[٢]، وَالكَنِيفِ)[٣]، وما في الدَّارِ مِن زِبْلٍ أو قمامةٍ، ومَصارِفِ حمَّامٍ؛ (فَيَلْزَمُ المُسْتَأْجِرَ إِذَا تَسَلَّمَهَا فَارِغَةً)[٤] مِن ذلك؛ لأنَّه حَصَل بِفعلِه، فكان عليه تَنظيفُه.

ويصحُّ كراءُ العُقْبَةِ؛ بأن يَركَبَ في بعضِ الطَّريقِ ويَمشيَ في بعضٍ مع العلمِ به، إما بالفراسِخِ أو الزمانِ[٥].

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لأنَّه لا يحصل الانتفاع إلَّا بذلك.

جاء في مجلَّة الأحكام العدليَّة ٥٢٩: (أعمال الأشياء الَّتي تخلُّ بالمنفعة المقصودة عائدةٌ على الآجر، مثلًا تطهير الرَّحى على صاحبها، وكذلك تعمير الدَّار، وطرق الماء، وإصلاح منافذه، وإنشاء الأشياء الَّتي تخلُّ بالسُّكنى وسائر الأمور الَّتي تتعلَّق بالبناء كلُّها لازمةٌ على صاحب الدَّار...).

وعند المالكيَّة: لا يجبر المُؤْجِر على الإصلاح، ويخيَّر السَّاكن بين السُّكنى، ويلزمه الكراء كاملًا أو الخروج منها. [انظر: حاشية ابن عابدين ٥/ ٦٦، الشَّرح الصَّغير ٤/ ٧٠، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/ ٤٥، المهذَّب ١/ ٤٠١، كشَّاف القناع ٤/ ١٦].

(٢) في المصباح ١/ ٦١: (البالوعة: ثقبٌ ينزل فيه الماء، والبلُّوعة بتشديد اللَّام لغةٌ فيها).

(٣) المرحاض، وسمِّي بذلك؛ لأنَّه يستر قاضي الحاجة. [انظر: المصباح ٢/ ٥٤٢].

(٤) في الإنصاف: (بلا نزاعٍ)، وإن كان هناك شيء لاشتركا في إخراجه.

(٥) في الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٤/ ٤٣٣: (قال أصحابنا: يصحُّ كراء

وإن استأجر اثنان جَملًا يَتعاقَبان عليه؛ صحَّ، وإن اختلفَا في البادئِ منهما أُقرِع بينهما في الأصحِّ(١)، قاله في المبدعِ(٢).

  

العُقْبة، وهو مذهب الشَّافعيِّ، ومعناها: الرُّكوب في بعض الطَّريق يركب شيئًا ويمشي شيئًا؛ لأنَّه إذا جاز اكتراؤها في الجميع؛ جاز في البعض. . .، وإن شرط أن يركب يومًا ويمشي يومًا جاز).

(١) لأنَّه لا مرجِّح لأحدهما على الآخر فتعيَّنت القرعة.

وفي الشَّرح الكبير: (ويحتمل ألَّا يصحَّ كراؤهما إلَّا أن يتَّفقا على ركوبٍ معلومٍ لكلٍّ واحدٍ منهما؛ لأنَّه عقدٌ مجهولٌ بالنسبة إلى كلٍّ واحدٍ منهما فلم يصحَّ، كما لو اشتريا عبدين).

(٢) ٥/٨٦.

(فَصْلٌ)

(وَهِيَ) أي: الإجارةُ (عَقْدٌ لَازِمٌ) مِن الطَّرفينِ[1]؛ لأنَّها نوعٌ مِن البيعِ، فليس لأحدِهما فَسخُها[2] ....

---

(١) وهذا باتِّفاق الأئمَّة، ولم يخالف في ذلك إلَّا القاضي شريحٌ فإنَّه قال: عقدٌ جائزٌ؛ لأنَّه لـمَّا كان المعقود عليه معدومًا في الحال أشبهت العاريّة فلم يكن العقد لازمًا.

ونوقش: بأنَّه قياسٌ مع الفارق؛ لأنَّ الإعارة بدون عوضٍ، فهي إرفاقٌ وإحسانٌ، في حين أنَّ الإجارة معاوضةٌ من الطَّرفين.

ولتشبيه عقد الإجارة بعقد الجِعالة، والجعالة في معنى الإجارة وليست عقدًا لازمًا.

ونوقش: بالفرق بين الجعالة والإجارة؛ منها: أنَّ الإجارة عقدٌ مؤقَّتٌ بخلاف الجعالة فإنَّه عقدٌ مطلقٌ بلا توقيتٍ، ومنها: أنَّ الجعالة لا يشترط لصحَّتها العلم بالعمل المجاعَل له، ولا مدَّة العمل بخلاف الإجارة. [انظر: تبيين الحقائق ٥/ ١٤٥، بداية المجتهد ٢/ ١٧٣، المهذَّب ١٠/ ٤٠٧، المغني مع الشَّرح الكبير ٦/ ٢٠].

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول الشَّافعيَّة؛ لما استدلَّ به المؤلِّف ولقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾.

فلا يملك أحد المتعاقدين الانفراد بفسخ العقد، إلَّا لمقتضٍ تنفسخ به العقود اللَّازمة، كظهور العيب، أو ذهاب محلِّ استيفاء المنفعة، كما سيأتي.

وعند الحنفيَّة: يجوز فسخ الإجارة للعذر الطَّارئ، وذكروا أمثلةً، إذ الأصل في الأجرة أنَّها تتجدَّد بتجدُّد المنفعة، ولأنَّ الحاجة تدعو إليه عند العذر، ولو

لغيرِ عيبٍ أو نحوِه(١).

(فَإِنْ آجَرَهُ شَيْئًا وَمَنَعَهُ)، أي: مَنَعَ المُؤْجِرُ المستأجِرَ الشيءَ المُؤْجرَ (كُلَّ المُدَّةِ أَوْ بَعْضَهَا)؛ بأن سلَّمه العَينَ ثم حوَّلَه قبلَ تقَضِّي المدَّةِ؛ (فَلَا شَيْءَ لَهُ)(٢) مِن الأُجرةِ؛ لأنَّه لم يُسلِّمْ له ما تَناوَلَه عَقدُ الإجارةِ، ....

لزم العقد حينئذٍ؛ للزم صاحب العذر ضررٌ لم يلتزمه بالعقد، فمثال العذر من قِبَل المستأجر: أن يفلس، أو ينتقل من حرفةٍ إلى حرفةٍ، وكذا لو استأجر شخصًا ليخيط له ثوبًا أو يهدم دارًا ونحو ذلك، ثمَّ بدا له ألَّا يفعل؛ فله الفسخ، ومثل أن يستأجر دكَّانًا يتَّجر فيه، فيحترق متاعه أو يسرق؛ ومثل ذلك أيضًا لو أَجَرتِ امرأةٌ نفسها ظئرًا، وهي تعاب على ذلك فلأهلها الفسخ، وكذا الصَّبيُّ إذا آجره وليُّه، ثمَّ بلغ مدَّة الإجارة فهو عذرٌ يخوِّل له الفسخ، وكذا الوقف إذا غلا أجر المثل فللنَّاظر الفسخ، ويحدَّد العقد على سعر الغلاء.

ومثال العذر من قبل المُؤْجِر: أن يلحقه دينٌ فادحٌ لا يجد قضاءه إلَّا من ثمن العين المستأجرة فيحقُّ فسخ العقد، لكن عند الصَّاحبين إذا كان الدَّين ثابتًا بعد عقد الإجارة فلا يحقُّ له الفسخ خلافًا لأبي حنيفة.

وعند المالكيَّة: يحقُّ الفسخ إذا كان الفسخ بعذر غصب العين المستأجرة، أو أمر ظالمٍ بإغلاق الحوانيت المكتراة، أو حملت ظئرٌ أو مرضت؛ لأنَّ لبن الحامل أو مرضها يضرُّ الرَّضيع. [انظر: بدائع الصَّنائع ٤/ ١٩٨، الفتاوى الهنديَّة ٤/ ٤٥٨، الشَّرح الصَّغير ٤/ ٥١، المهذَّب ١/ ٤٠٥، منهاج الطَّالبين ٣/ ٨١، المقنع مع الشَّرح الكبير ١٤/ ٤٣٤].

(١) كتدليسٍ.

(٢) وهذا هو المذهب لما علَّل به.

وفي المغني ٨/ ٢٦: (وقال أكثر الفقهاء: له أجر ما سكن؛ لأنَّه استوفى ملك غيره على وجه المعاوضة فلزمه عوضه؛ كالمبيع إذا استوفى بعضه، ومنعه

فلم يَستحِقَّ شيئًا[(١)].

(**وَإِنْ بَدَأَ الآخَرُ**)، أي: المستأجِرُ فتَحَوَّل (**قَبْلَ انْقِضَائِهَا**)، أي: انقضاءِ مدَّةِ الإجارةِ؛ (**فَعَلَيْهِ**) جميعُ (**الأُجْرَةِ**)؛ لأنها عقدٌ لازِمٌ، فترتَّب مُقتضاها، وهو مِلكُ المُؤْجِرِ الأجرَ، والمستأجِرِ المنافِعَ[(٢)].

المالك بقيَّته...، والحكم فيمن اكترى دابَّةً فامتنع المكري من تسليمها في بعض المدَّة، أو أَجَرَ نفسه أو عبده للخدمة مدَّةً وامتنع من إتمامها، أو أجر نفسه لبناء حائطٍ أو خياطةٍ، أو حفر بئرٍ، أو حمل شيءٍ إلى مكانٍ وامتنع من إتمام العمل مع القدرة عليه كالحكم في العقار يمتنع من تسليمه، وأنَّه لا يستحقُّ شيئًا لما ذكر).

وقال في المغني ٨/ ١٩: (وإذا استوفى المستأجر المنافع استقرَّ الأجر؛ لأنَّه قبض المعقود عليه...، وإن سلِّمت إليه العين الَّتي وقعت الإجارة عليها ومضت المدَّة، ولا حاجز له عن الانتفاع استقرَّ الأجر؛ لأنَّ المعقود عليه تلف تحت يده...، وإن كانت الإجارة على عملٍ... مثل أن يكتري دابَّةً فقبضها ومضت مدَّةٌ يمكن ركوبها فيها فقال أصحابنا: يستقرُّ عليه الأجر، وهو مذهب الشَّافعي؛ لأنَّ المنافع تلفت تحت يده.

وقال أبو حنيفة: لا يستقرُّ الأجر عليه حتَّى يستوفيَ المنفعة؛ لأنَّه عقدٌ على منفعةٍ غير مؤقَّتةٍ بزمنٍ فلم يستقرَّ بدلها).

(١) كما لو استأجره لحمل كتابٍ إلى بلدٍ فحمله بعض الطَّريق، ونحو ذلك.

(٢) المذهب: أنَّ الأجرة تملك بالعقد، وتستحقُّ بتسليم العين.

وهو قول الشَّافعيَّة في إجارة العين دون إجارة الذِّمَّة فإنَّه يجب تعجيلها؛ لأنَّ الإجارة عقد معاوضةٍ وقد وجدت مطلقةً، والمعاوضة المطلقة تقتضي ثبوت الملك في العوضين عقيب العقد كالبيع.

وذهب الحنفيَّة وابن حزمٍ من الظَّاهريَّة: أنَّ الأجرة لا تملك بالعقد، وإنَّما

....

تستحقُّ بالاستيفاء شيئًا فشيئًا.

وهو قول المالكيَّة في إجارة العين دون إجارة الذِّمَّة؛ لقول الله تعالى: ﴿فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾، ولما رواه البخاريُّ من طريق سعيد بن أبي سعيدٍ، عن أبي هريرة ﷺ، عن النَّبيِّ ﷺ قال: «قال الله تعالى: ثلاثةٌ أنا خصمهم يوم القيامة: رجلٌ أعطى بي ثمَّ غدر، ورجلٌ باع حرًّا فأكل ثمنه، ورجلٌ استأجر أجيرًا فاستوفى منه، ولم يعطه أجره».

في الحديث وعيدٌ على من امتنع عن دفع الأجر بعد العمل، فدلَّ على أنَّها حالة الوجوب، قال ابن قدامة: (فأمَّا الآية فيحتمل أنَّه أراد الإيتاء عند الشُّروع في الإرضاع، أو تسليم نفسها، كما قال تعالى: ﴿فَإِذَا قَرَأۡتَ ٱلۡقُرۡءَانَ فَٱسۡتَعِذۡ بِٱللَّهِ مِنَ ٱلشَّيۡطَٰنِ ٱلرَّجِيمِ ۝٩٨﴾، أي: إذا أردت القراءة؛ ولأنَّ هذا تمسُّكٌ بدليل الخطاب، ولا يقولون به، وكذلك الحديث، يحقِّقه أنَّ الأمر بالإيتاء في وقتٍ لا يمنع وجوبه قبله، كقوله: ﴿فَمَا ٱسۡتَمۡتَعۡتُم بِهِۦ مِنۡهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾، والصَّداق يجب قبل الاستمتاع، وهذا هو الجواب عن الحديث...).

في المغني: ٨/ ٢٥: (إن تصرَّف فيها - أي: المستأجر - قبل تقضِّي المدَّة، مثل أن يكتري دارًا سنةً فيسكنها شهرًا ويتركها، فيسكنها المالك بقيَّة السَّنة أو يُؤْجِرها لغيره، احتمل أن ينفسخ العقد فيما استوفاه المالك؛ لأنَّه تصرَّف فيه قبل قبض المكتري له، أشبه ما لو تلف المكيل قبل تسليمه وسلَّم باقيه، فعلى هذا إن تصرَّف المالك في بعض المدَّة دون بعضٍ انفسخ العقد في قدر ما تصرَّف فيه خاصَّةً، وعلى المستأجر أجر ما بقي، فإن سكن المستأجر شهرًا وتركها شهرًا، وسكن المالك عشرة أشهرٍ لزم المستأجر أجر شهرين، وإن سكنها شهرًا وسكن المالك شهرين ثمَّ تركها فعلى المستأجر أجر عشرة أشهرٍ، ويحتمل: أن يلزم المستأجر أجر جميع المدَّة، وله على المالك أجر المثل لما

(وَتَنْفَسِخُ) الإجارةُ (بِتَلَفِ العَيْنِ المُؤْجَرَةِ)؛ كدابةٍ وعبدٍ ماتَا(١)؛ لأنَّ المنفعةَ زالت بالكليةِ(٢).

وإن كان التَّلَف بعدَ مُضيِّ مدَّةٍ لها أجرةٌ؛ انفَسَخَت فيما بَقِيَ، وَوَجَب للماضي القِسطُ(٣).

(وَ) تَنفسِخُ الإجارةُ أيضًا (بِمَوْتِ المُرْتَضِعِ)(٤)؛ لتعذُّرِ استيفاءِ المعقودِ

سكن أو تصرَّف فيه بقسط ذلك ممَّا على المستأجر من الأجر ويلزمه الباقي. . . ، والأوَّل أولى، وهو ظاهر مذهب الشَّافعيِّ).

(١) باتِّفاق الأئمَّة أنَّ الإجارة تنفسخ بتلف العين المؤجرة. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٢) لأنَّ قبضها إنَّما يكون باستيفائها أو التَّمكُّن منه ولم يحصل ذلك، ولو كان التَّلف من المستأجر. [انظر: كشَّاف القناع ٤/ ٢٧].

(٣) لأنَّ المعقود عليه المنافع، وقد تلف بعضها قبل قبضه فبطل العقد فيما تلف دون ما قبض، فإن كان أجر المدَّة متساويًا فعليه بقدر ما مضى، إن كان ما مضى النِّصف، فالنِّصف، أو الثُّلث فالثُّلث، كما يقسم الثَّمن على المبيع المتساوي، وإن كان مختلفًا رجع في تقويمه إلى أهل الخبرة، ويقسَّط الأجر المسمَّى على حسب قيمة المنفعة، هذا إن كان العقد على عينها، وإن لم يكن العقد على عينها، بل استأجره ليحمله إلى موضع معيَّنٍ ووصف له مركوبًا لزمه إقامة غيرها إذا ماتت، (تقدَّم كلام ابن قدامة قريبًا).

(٤) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند بعض الشَّافعيَّة: لا تنفسخ؛ لأنَّ المنفعة باقيةٌ، وإنَّما هلك المستوفي، فلو تراضيا على إرضاع صبيٍّ آخر جاز. [انظر: بدائع الصَّنائع ٤/ ١٨٤، بداية المجتهد ٢/ ٢٥١، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/ ١٣، المهذَّب ١/ ٤٠٦، نهاية المحتاج ٢٩٢٥، كشَّاف القناع ٤/ ٢٧].

عليه؛ لأنَّ غيرَه لا يَقومُ مَقامَه؛ لاختلافِهم في الرَّضاعِ.

(وَ) تَنفسِخُ الإجارةُ أيضًا بموتِ (الرَّاكِبِ إِنْ لَمْ يخَلِّفْ بَدَلًا)، أي: مَن يَقومُ مَقامَه في استيفاءِ المنفعةِ، بأن لم يَكُن له وارِثٌ[1]، أو كان غائِبًا[2]؛ كمن يَموتُ بطريقِ مكةَ ويَترُكُ جَمَلَهُ، فظاهِرُ كلامِ أحمدَ: أنها تَنفسِخُ في الباقي[3]؛ لأنَّه قد جاء أمرٌ غالِبٌ مَنَع المستأجِرَ منفعةَ العينِ؛ أشبه ما لو غُصبت، هذا كلامُه في المقنعِ[4].

والذي في الإقناعِ، والمنتهى[5] وغيرِهما[6]: أنَّها لا تَبطُلُ بموتِ راكبٍ.

(وَ) تَنفسِخُ أيضًا بـ (انْقِلَاعِ ضِرْسٍ) اكتُرِيَ لقلعِه (أَوْ بُرْئِهِ)؛ لتعذُّرِ استيفاءِ

وكذا إذا امتنع من الرَّضاع منها، أو ماتت المرضعة.

(١) هذه إحدى الرِّوايتين، اختارها ابن قدامة، وصاحب الشَّرح الكبير، والصَّحيح من المذهب أنَّ الإجارة لا تنفسخ بموت الرَّاكب مطلقًا.

قال الزَّركشيُّ: (هذا المنصوص، وعليه الأصحاب إلَّا أبا محمَّدٍ). [انظر: الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٤/ ٤٤٩].

(٢) لفوات انتفاعه بنفسه وبنائبه.

(٣) المغني ٨/ ٤٤.

(٤) في المقنع مع الشَّرح الكبير الإنصاف ١٤/ ٤٤٩: (لأنَّ بقاء العقد ضررٌ في حقِّ المكري والمكتري؛ لأنَّ المكتري يجب عليه الكراء من غير نفعٍ، والمكري يمتنع عليه التَّصرُّف في ماله، ونظيره لو اكترى من يقلع ضرسه فبرأ أو انقلع قبل قلعه، أو اكترى كحَّالًا ليكحل عينه فبرأت أو ذهبت). [انظر: المغني ٨/ ٤٤].

(٥) الإقناع مع شرحه ٤/ ٢٧، والمنتهى ١/ ٤٩٠.

(٦) كالإنصاف كما تقدَّم.

المعقودِ عليه[١]، فإن لم يَبرأْ وامتَنَعَ المستأجِرُ مِن قلعِه؛ لم يجْبَرْ[٢]، (وَنَحْوِهِ)، أي: تَنفسِخُ الإجارةُ بنحوِ ذلك؛ كاستئجارِ طبيبٍ ليُداويَه فبرِئَ.

و(لَا) تَنفسِخُ (بِمَوْتِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا)[٣] مع سلامةِ المعقودِ عليه؛ للُزومِها.

(وَلَا) تَنفسِخُ (بِـ) ـعُذرٍ لأحدِهما، مِثلُ (ضَيَاعِ نَفَقَةِ الْمُسْتَأْجِرِ) للحجِّ،

---

(١) أشبه ما لو تعذَّر بالموت، وهذا باتِّفاق الفقهاء؛ لما علَّل به المؤلِّف. [انظر: المهذَّب ١/ ٤١٣، حاشية الشَّروانيِّ ٥/ ٢٩٢، أسنى المطالب ٢/ ٤٠٩، المغني الشَّرح الكبير ٦/ ١٢٦].

(٢) ولزمته أجرة المثل، فالأجير إذا بذل العمل، ومكَّن منه؛ استحقَّ الأجرة.

وأمَّا إن شارطه على البرء فيجوز، اختاره ابن قدامة؛ لأنَّ أبا سعيدٍ رضي الله عنه حين رقى اللَّديغ شارطه على البرء، متَّفقٌ عليه، لكن يكون جِعالةً، ولا يستحقُّ شيئًا من الأجرة حتَّى يوجد البرء. [انظر: المغني ٨/ ١٢٢].

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: «لـمَّا فتحت خيبر سأل اليهود رسول الله ﷺ أن يقرَّهم فيها على أن يعملوا على نصف ما يخرج منها من الثَّمر والزَّرع، فقال رسول الله ﷺ: **نقرُّكم فيها على ذلك ما شئنا»، متَّفقٌ عليه، ولم يرد أنَّ أبا بكرٍ جدَّد الإجارة؛ ولأنَّ الإجارة عقدٌ لازمٌ، فلا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين ما دام أنَّ استيفاء المنفعة باقٍ.**

وعند الحنفيَّة: تنفسخ بموت أحد المتعاقدين؛ لأنَّ العقد ينعقد ساعةً فساعةً بحسب حدوث المنافع، فإذا مات المُؤْجِر، فالمنافع الَّتي تستحقُّ بالعقد تحدث على ملك الوارث، ولم يكن عاقدًا ولا راضيًا، وإن مات المستأجر؛ فالمنفعة لا تورث. [انظر: تبيين الحقائق ٥/ ١٤٤، حاشية ابن عابدين ٥/ ٥٢، الشَّرح الصَّغير ٤/ ١٧٩، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/ ٤٢، حاشية القليوبيِّ ٣/ ٨٤، شرح المنتهى ٣٧٢].

(وَنَحْوِهِ)؛ كاحتراقِ متاعِ مَن اكتَرى دُكانًا لبيعِه[١].

(وَإِنِ اكْتَرَى دَارًا فَانْهَدَمَتْ، أَوِ) اكترى (أَرْضًا لِزَرْعٍ فَانْقَطَعَ مَاؤُهَا أَوْ غَرِقَتْ؛ انْفَسَخَتِ الإِجَارَةُ فِي البَاقِي) مِن المدَّةِ[٢]؛ لأنَّ المقصودَ بالعقدِ قد فات؛ أشبه ما لو تَلِف.

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾؛ ولأنَّ عقد الإجارة عقدٌ على معاوضةٍ، فلا يجوز فسخه لعذرٍ في غير المعقود عليه كالبيع.

وعند الحنفيَّة: يفسخ عقد الإجارة بهذا العذر ونحوه؛ لأنَّ المنافع في عقد الإجارة غير مقبوضةٍ عند العقد، فإذا حدث عذرٌ في الإجارة؛ صار كالعيب في المبيع قبل قبضه، وتقدَّم قريبًا أوَّل الفصل. [انظر: البناية شرح الهداية ٧/ ١٠١٩، البهجة شرح التُّحفة ٢/ ١٧٨، نهاية المحتاج ٥/ ٣١٧، المبدع ٥/ ١٠٤، شرح المنتهى ٢/ ٣٧٢].

وإن كان العذر عامًّا كما لو حوصرت بلدة المستأجر، فلم يستطع الخروج إلى الأرض الَّتي استأجرها للزِّراعة، أو وقع خوفٌ في الطَّريق ونحو ذلك.

فجمهور أهل العلم أنَّ المستأجر له فسخ الإجارة بهذه الجائحة؛ لأنَّ ذلك أمرٌ غالبٌ يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة المعقود عليها فيثبت الخيار؛ كغصب العين المستأجرة.

وعند الشَّافعيَّة: لا تنفسخ الإجارة بهذه الجوائح؛ لأنَّه لم يسبِّب خللًا في المنفعة المعقود عليها. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٢) وهذا هو المذهب، لما علَّل به المؤلِّف.

وكذا عند الحنفيَّة والمالكيَّة: إذا انقطع الماء عن الأرض أو غرقت قبل فوات وقت الزَّرع؛ سقط الأجر.

وعند الشَّافعيَّة: أن المكتري بالخيار بين فسخ العقد؛ لأنَّ المنفعة المقصودة

وإن أَجَرَه أرضًا بلا ماءٍ صحَّ[١]، وكذا إن أطلَقَ مع عِلْمِه بحالها[٢]، وإن ظَنَّ وجودَه بالأمطارِ وزيادةِ الأنهارِ صحَّ؛ كالعلمِ[٣].

وإن غُصِبَت المُؤْجَرَةُ خُيِّر المستأجِرُ بينَ الفسخِ وعليه أُجرةُ ما مضى، وبينَ الإمضاءِ ومطالبةِ الغاصِبِ بأجرةِ المثلِ[٤].

قد فاتت، وبين إبقائه؛ لأنَّ العين باقيةٌ يمكن الانتفاع بها، وإنَّما نقصت منفعتها كما لو حدث عيبٌ. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٤/ ٤٦١، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/ ٥٠، المهذَّب ١/ ٣٩٥، كشَّاف القناع ٤/ ٢٢].

قال شيخ الإسلام في مجموع الفتاوى ٣٠/ ٣٠٨ في رجلٍ استأجر قريةً وغلب على أرضها الماء: (له أن يفسخ الإجارة، وله أن يحطَّ من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة).

(١) لأنَّه يتمكَّن من الانتفاع بها، والنُّزول فيها، ووضع رحله فيها، وجمع الحطب، ونحو ذلك.

(٢) لأنَّ العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط، كالعلم بالعيب يقوم مقام شرطه.

(٣) لأنَّ حصوله معتادٌ، والظَّاهر وجوده بالمطر، أو زيادة النَّهر، ولا تصحُّ لأرضٍ لا ماء لها إن ظنَّ إمكان تحصيله، أو لم يعلم أنَّها لا ماء لها، وكذا الأرض الَّتي يندر مجيء الأمطار إليها.

(٤) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم.

وللحنفيَّة قولان:

الأوَّل: أنَّها لا تنفسخ بغصب العين، ولو غصبت بعض المدَّة فبحسابه.

والثَّاني: كقول الجمهور. [انظر: كشف الحقائق ٢/ ١٦٥، الدُّرَّ المختار وشرحه ٢/ ٢٧٨، حاشية الدُّسوقيِّ على الشَّرح الكبير ٤/ ٣١، حاشية القليوبيِّ ٣/ ٨٥، كشَّاف القناع ٤/ ١٩].

وفي الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٤/ ٤٥٧: (إذا غصبت العين المستأجرة

ومَن استُؤجِر لعملِ شيءٍ فَمَرِض؛ أُقيمَ مُقامَه مِن مالِه مَن يَعملُه(١)، ما لم تُشترَطْ فيه مُباشرَتُه(٢)، أو يختلِفْ فيه القصدُ كالنَّسخِ(٣)، فيَتَخَيَّرُ المستأجِرُ بينَ الصبرِ والفسخِ.

(وَإِنْ وَجَدَ) المستأجِرُ (العَيْنَ مَعِيبَةً، أَوْ حَدَثَ بِهَا) عندَه (عَيْبٌ)(٤) - وهو: ما يَظهَرُ به تَفاوُتُ الأجرِ(٥) -؛ (فَلَهُ الفَسْخُ) إن لم يَزُلْ بلا ضررٍ يَلحقُه(٦)، (وَعَلَيْهِ أُجْرَةُ مَا مَضَى)؛ لاستيفائِه المنفعةَ فيه، وله الإمضاءُ

فللمستأجر الفسخ؛ لأنَّ فيه تأخير حقِّه...، وإن لم يفسخ حتَّى انقضت مدَّة الإجارة؛ فله الخيار بين الفسخ والرُّجوع بالمسمَّى، وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجر المثل؛ لأنَّ المعقود عليه لم يفت مطلقًا بل إلى بدل وهو القيمة، فأشبه ما لو أتلف الثَّمرة المبيعة آدميٌّ قبل قطعها).

فإن كانت الإجارة على موصوفٍ في الذِّمَّة لزمه بدلها، فإن تعذَّر كان له الفسخ.

(١) في المغني ٨/ ٣٦: (لأنَّه حقٌّ وجب في ذمَّته فوجب عليه إيفاؤه كالمسلَم فيه، ولا يجب على المستأجر إنظاره؛ لأنَّ العقد بإطلاقه يقتضي التَّعجيل، وفي التَّأخير إضرارٌ به).

(٢) إذ المسلمون على شروطهم.

(٣) لاختلاف الخطوط، ولأنَّ الغرض قد لا يحصل به.

(٤) باتِّفاق الأئمَّة: أنَّه إذا وجد المستأجر بالمعقود عليه عيبًا، أو حدث به عيبٌ مدَّة العقد أنَّ له الفسخ؛ لأنَّ المنافع تتجدَّد. [انظر: بدائع الصَّنائع ٤/ ١٩٩، حاشية الدُّسوقيِّ على الشَّرح الكبير ٤/ ٢٩، المهذَّب ١/ ٤٠٥، الإنصاف ٦/ ٦٦].

(٥) بأن تكون الأجرة معه دونها مع عدمه، كمبيعٍ وَجد به عيبًا ينقص قيمته.

(٦) وإن زال العيب قبل الفسخ بأن زال العرج عن الدَّابَّة، أو بادر المكتري إلى

مجانًا[(١)]، والخيارُ على التَّراخي[(٢)].

ويجوزُ بيعُ العينِ المُؤْجَرَةِ[(٣)]، ولا تَنفسِخُ الإجارةُ به[(٤)]، ....

إصلاح الدَّار بطل حقُّ المستأجر في الفسخ؛ لأنَّه لا يلحقه ضررٌ. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) فلا أرش، وهذا هو المذهب، وقيل: يملك الإمساك مع الأرش، وهو تخريجٌ لابن قدامة، وقال في المحرَّر وتبعه في الفروع وغيره: وقياس المذهب له الفسخ أو الإمساك مع الأرش...، قال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: إن لم نقل بالأرش فورود ضعفه على أصل أحمد بَيِّنٌ.

وإن اختلف في الموجود هل هو عيبٌ رجع فيه إلى أهل الخبرة، وإن لم يعلم بالعيب حتَّى فرغت المدَّة لزمته الأجرة كاملةً على المذهب، وصوَّب في الإنصاف لزوم الأرش للمستأجر، وإن علم فلا؛ كمبيعٍ. [انظر: الإنصاف مع الشَّرح ١٤/ ٤٦٤].

(٢) ولو مضى فيه بعد العلم بخلاف البيع؛ لأنَّ المنافع لا يحصل قبضها إلَّا شيئًا فشيئًا.

(٣) اتِّفاقًا. [انظر: المصادر السَّابقة].

لأنَّ الإجارة عقدٌ على المنافع فلم تمنع الصِّحَّة، كبيع الأمة إذا زوَّجها.

والمشتري يملك المبيع مسلوب المنفعة إلى انقضاء الإجارة، والأجرة للبائع، وهو ظاهر الإنصاف، وقيَّد في «الغاية»: إذا لم يعلم المشتري أنَّها مؤجرة، فإن علم فلا أجرة له ولا فسخ. [انظر: الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٤/ ٤٦٥، غاية المنتهى ٢/ ٢٠٧].

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفيَّة، والشَّافعيَّة؛ لأنَّ المعقود عليه في البيع هو العين، والمعقود عليه في الإجارة هو المنافع، فلا تعارض.

وعند المالكيَّة: إن كان هناك تهمةٌ فلا تنفسخ الإجارة بالبيع، وإن لم يكن

وللمشتري الفسخُ إن لم يَعلَمْ(١).

(وَلَا يَضْمَنُ أَجِيرٌ خَاصٌّ)(٢) - وهو: مَن استؤجِرَ مدَّةً مَعلومةً يَستحِقُّ

هناك تهمةٌ فتنفسخ الإجارة بالبيع.

وذهب بعض الشَّافعيَّة: إلى انفساخ الإجارة بالبيع؛ لأنَّ الإجارة تمنع من التَّسليم فتناقضا. [انظر: بدائع الصَّنائع ٤/ ٢٠٧، حاشية ابن عابدين ٥/ ٥٣، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/ ٣٠، ٣٣، ٩٤، حاشية الصَّاوي ٤/ ٥٥، نهاية المحتاج ٥/ ٢٥، شرح روض الطَّالب ٤/ ٣٥، شرح المنتهى ٢/ ٢٣١].

(١) وجزم في التَّنقيح بأنَّ الأجرة له، وفي الإقناع: للبائع وله الإمضاء مجَّانًا.

قال الإمام أحمد: هو عيبٌ، أي: فله الأرش. [انظر: التَّنقيح ص ٢٢٤، كشَّاف القناع ٤/ ٣١].

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما علَّل به المؤلِّف، ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾، فالله نهى عن أكل الأموال بالباطل، فيدخل في ذلك الأجير الخاصُّ، فيحرم تضمينه ما لم يتعدَّ أو يفرِّط؛ ولأنَّه أمينٌ فلم يضمن من غير تعدٍّ أو تفريطٍ قياسًا على المودَع. [انظر: العدَّة ص٢٧٠].

وعند بعض الشَّافعيَّة: يضمن الأجير الخاصُّ ما تلف تحت يده مطلقًا؛ لما روى خِلاس بن عمرٍو قال: «كان علي بن أبي طالب يضمِّن الأجير» رواه البيهقيُّ ٦/ ١٢٢، وقال: (وأهل العلم بالحديث يضعِّفون أحاديث خِلاسٍ عن عليٍّ).

وبالقياس على الأجير المشترك.

ونوقش: بعدم تسليم تضمين الأجير المشرك إلَّا مع التَّعدِّي أو التَّفريط.

والفرق بين الأجير الخاصِّ والأجير المشترك:

الأوَّل: أنَّ الأجير المشترك يشترك النَّاس في منفعته، بخلاف الخاصِّ إذ يختصُّ المستأجر بمنفعته مدَّة العقد دون سائر النَّاس.

المستأجِرُ نفعَهُ في جميعِها[1]، سِوى فعلِ الخَمْسِ بسُننِها في أوقاتِها، وصلاةِ جمعةٍ وعيدٍ[2]، سُمِّيَ خاصًّا؛ لاختصاصِ المستأجِرِ بنفعِهِ تلك المدَّةَ، ولا يَستنِيبُ - (مَا جَنَتْ يَدُهُ خَطَأً)[3]؛ لأنَّه نائِبُ المالِكِ في صَرْفِ منافعِهِ

الثَّاني: أنَّ العقد في الأجير المشترك واردٌ على العمل، فمنافعه ليست مستحقَّةً للمستأجر، بخلاف الخاصِّ فإنَّ العقد واردٌ على المنفعة، فمنافعه مستحقَّةٌ للمستأجر خلال مدَّة الإجارة.

الثَّالث: أنَّ الأجير المشترك يستحقُّ الأجرة بالعمل لا بتسليم نفسه؛ لأنَّه يعمل للعامَّة، وأمَّا الأجير الخاصُّ فيستحقُّ الأجرة بالوقت دون العمل.

الرَّابع: يضمن الأجير المشترك إذا كان التَّلف بسببٍ يرجع إلى الصَّنعة على الصَّحيح، سواءٌ كان متعدِّيًا أم لم يكن، وأمَّا الأجير الخاصُّ فلا يضمن إلَّا بالتَّعدِّي والتَّفريط؛ لأنَّه أمينٌ.

الخامس: لا يجوز للأجير الخاصِّ أن يستأجر غيره لإنجاز ما استؤجر عليه؛ لأنَّ العقد وقع على منافعه نفسه، ويجوز للأجير المشترك إذا لم يشترط عليه العمل بنفسه أن يكلِّف غيره بذلك العمل.

السَّادس: لا بدَّ من بيان العمل المعقود عليه في الأجير المشترك علمًا ينفي الجهالة ويقطع النِّزاع، وأمَّا الأجير الخاصُّ فليس من شرطه أن يكون معلومًا من كلِّ الوجوه. [انظر: تبيين الحقائق ٥/ ١٣٤، الإنصاف ٦/ ٧٢، الموسوعة الكويتيَّة ١/ ٢٩٥].

(١) لا يشاركه فيها أحدٌ كمن استؤجر لخدمةٍ، أو رعايةٍ شهرًا، فإن لم يستحقَّ نفعه في جميع الزَّمن فمشتركٌ.

(٢) فإنَّ أزمنة تلك مستثناةٌ شرعًا، فلا تدخل في العقد؛ لوجوب تقديم حقِّ الله تعالى. [انظر: حاشية ابن قاسم ٥/ ٣٣٦].

(٣) كما لو انكسرت الجَرَّة الَّتي يستقي بها، أو الآلة الَّتي يعمل بها.

فيما أَمَر به، فلم يَضمَنْ كالوكيلِ، وإن تَعدَّى أو فَرَّط ضَمِن[١].

(وَلَا) يَضمَنُ أيضًا (حَجَّامٌ، وَطَبِيبٌ، وَبَيْطَارٌ)[٢]، وختَّانٌ،

---

(١) قياسًا على الغاصب، وغير الأجير. [انظر: المغني ٨/ ١٠٦، شرح المنتهى ٢/ ٣٧٧].

ويستحقُّ الأجرة بتسليم نفسه، عمل أو لم يعمل.

(٢) تضمين الطَّبيب ونحوه له حالاتٌ:

الأولى: أن يكون حاذقًا قد أعطى الصَّنعة حقَّها، ولم تجن يده، فلم يتجاوز ما أذن له فيه، فلا يضمن الطَّبيب ما ترتَّب على مداواته من تلفٍ أو ذهاب منفعةٍ باتِّفاق الأئمَّة؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا عُدْوَٰنَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّٰلِمِينَ﴾، والطَّبيب إذا كان حاذقًا ولم تجن يده، فليس بمتعدٍّ، ولحديث عبد الله بن عمرٍو ﵄ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «من تطبَّب وهو لا يُعلم منه طبٌّ فهو ضامنٌ»، رواه أبو داود والنَّسائي وابن ماجه والحاكم وصحَّحه.

وورد عن عمر وعليٍّ ﵄: «أنَّ من تطبَّب على أحدٍ من المسلمين، ولم يكن بالطِّبِّ، فأصاب نفسًا فما دونها، فعليه دية ما أصاب» أورده ابن عبد البرِّ في الاستذكار ٢٥/ ٤.

الثَّانية: ألَّا يكون الطَّبيب حاذقًا، بل متطبِّبًا جاهلًا، ضمن بالاتِّفاق، كما نقله الخطَّابيُّ في معالم السُّنن ٤/ ٣٩، وابن القيِّم في الطِّبِّ النَّبويِّ ص ٥٩٩؛ لما تقدَّم من الأدلَّة، فمفهومها تدلُّ على تضمين غير الحاذق.

الثَّالثة: أن يكون حاذقًا قد أعطى الصَّنعة حقَّها، لكنَّه أخطأ فأتلف نفسًا أو عضوًا أو منفعةً، فإن تعدَّى أو فرَّط ضمن؛ لما تقدَّم من الأدلَّة.

وإن لم يتعدَّ أو يفرِّط لكن تخطئ يده، فتزلُّ يد الخاتن مثلًا فيتجاوز بالختان موضع القطع مثلًا، أو تتحرَّك يد الطَّبيب فيقطع موضعًا آخر، فجمهور أهل العلم: أنَّه يضمن مطلقًا.

....

ولكن عند الحنفيَّة: إن حصل بفعله هلاكٌ ضمن نصف الدِّية، وإن لم يحصل بفعله هلاكٌ ضمن جميع الدِّية.

استدلَّ الجمهور: أنَّه قتل بغير حقٍّ؛ لأنَّ حقَّه في قطع السِّلعة، أو الحشفة مثلًا، وقد سرى إلى القتل فيضمن كما لو جنى خطأً، ولأنَّ الخطأ ما لم يقصده الفاعل ولم يُرِده، وفعل الخاتن والطَّبيب من هذا المعنى.

ونوقش هذا الاستدلال: بالفرق، إذ الطَّبيب ونحوه أمينٌ قد أذن له بخلاف المخطئ.

وفي قولٍ للإمام مالكٍ: أنَّه لا يضمن إلَّا إن تعدَّى أو فرَّط.

وقال ابن عقيلٍ: إن كان مشتركًا لم يضمن، وإن كان خاصًّا ضمن.

ودليل هذا القول: ما تقدَّم من الأدلَّة على تضمين الطَّبيب، ولأنَّه مؤتمنٌ على بدن المريض، والأصل عدم تضمين الأمين إلَّا بالتَّعدِّي أو التَّفريط.

الحال الرَّابعة: أن يكون الطَّبيب حاذقًا فيجتهد في وصف الدَّواء للمريض فيخطئ، إمَّا في صفة العلاج، أو كمِّيَّته، فتأخذ هذه الحال حكم الحال السَّابقة.

الحال الخامسة: أن يكون الطَّبيب حاذقًا، لكن يداوي المريض بلا إذنٍ.

فإن كان غير متبرِّعٍ بل مستأجرًا، فلا بدَّ من رضا المريض وأهليَّته للإذن بأن يكون بالغًا عاقلًا، فإن لم يكن أهلًا فلا بدَّ من إذن وليِّه، إذ عقد الإجارة لا بدَّ فيه من الرِّضا.

فإن كان الطَّبيب متبرِّعًا، فجمهور أهل العلم: أنَّه لا بدَّ من الإذن، فإن لم يستأذن ضمن؛ لأنَّه إذا لم يستأذن كان متعدِّيًا على المريض؛ لعدم الإذن.

وعند ابن حزم واختاره ابن القيِّم: أنَّه لا يضمن في هذه الحال، لقوله تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلۡمُحۡسِنِينَ مِن سَبِيلٖۚ﴾. [انظر: بدائع الصَّنائع ٧/ ٣٠٥، تكملة

(لَمْ تَجْنِ أَيْدِيهِمْ إِنْ عُرِفَ حِذْقُهُمْ)، أي: معرفتُهُم صنعتَهُم؛ لأنَّه فَعَل فِعلًا مباحًا، فلم يَضمَنْ سِرايتَهُ[١]، ولا فرقَ بينَ خاصِّهم ومُشتَرَكِهِم[٢].

فإن لم يَكُن لهم حِذْقٌ في الصَّنعةِ ضَمِنوا؛ لأنَّه لا يحِلُّ لهم مُباشرَةُ القَطْعِ إذًا.

وكذا لو كان حاذِقًا وَجَنَت يدُه، بأن تجاوَزَ بالختانِ إلى بعضِ الحشفةِ، أو بآلةٍ كالَّةٍ، أو تجاوَزَ بقطعِ السِّلْعةِ موضِعَها، ضَمِن؛ لأنَّه إتلافٌ لا يختلِفُ ضمانُه بالعمدِ والخطأ[٣].

(وَلَا) يَضمَنُ أيضًا (رَاعٍ لَمْ يَتَعَدَّ)[٤][٥]؛ ....

البحر الرَّائق ٨/ ٣٣، المنتقى للباجيِّ ٧/ ٧٧، تبصرة الحكَّام ٢/ ٨٠، روضة الطَّالبين ٥/ ٢٢٨].

(١) كقطع الإمام يد السَّارق.

(٢) في عدم الضَّمان إذا عرف حذقهم، وتقدَّم.

(٣) فأشبه إتلاف المال.

(٤) أو يفرِّط بنومٍ أو غيبةٍ عنها ونحوه، وإن اختلفا في التَّعدِّي وعدمه فقول الرَّاعي، وإن اختلفا في كونه متعدِّيًا رجع إلى أهل الخبرة، وإن ادَّعى موت شاةٍ ونحوها؛ قُبِلَ قوله وإن لم يأت بشيءٍ منها. [انظر: كشَّاف القناع ٤/ ٣٤].

(٥) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، لما علَّل به المؤلِّف، ولأنَّ الماشية أعيان قبضها الرَّاعي بحكم الإجارة، فلم يضمنها من غير تعدٍّ أو تفريطٍ قياسًا على العين المستأجرة، وعند أبي يوسف ومحمَّد بن الحسن من الحنفيَّة: أنَّه يضمن مطلقًا.

ودليل هذا القول: ما يأتي من الدَّليل على تضمين الأجير المشترك. [انظر: بدائع الصَّنائع ٤/ ٢١٠-٢١٢، التَّفريع ٢/ ١٨٧، روضة الطَّالبين ٥/ ٢٢٨، والعدَّة ص ٢٧١، المبدع ٥/ ١١١].

لأنَّه مؤتمَنٌ على الحفظِ كالمودَعِ[(١)]، فإن تَعدَّى أو فَرَّط ضَمِن[(٢)].

(١) فيتعذَّر عليه إقامة البيِّنة في الغالب.

(٢) كالمودع. [انظر: المغني ٨/ ١٢٣].

مثل أن ينام عن الماشية، أو يغفُل عنها، أو يتركها تتباعد عنه، أو يسرف في ضربها. [انظر: المغني ٨/ ١٢٣].

مسألةٌ: اشتراط الضَّمان على المستأجر:

فالمذهب: يفسد الشَّرط وحده دون العقد؛ لحديث عائشة رضي الله عنها، وفيه: «خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنَّما الولاء لمن أعتق...»، فأبطل النَّبيُّ ﷺ الشَّرط وحده، وأبقى على العقد صحيحًا.

ونوقش: بأنَّ قياس الشُّروط الماليَّة على شرطٍ غير ماليٍّ كالولاء قياسٌ مع الفارق.

وعند الحنفيَّة، والمالكيَّة، والشَّافعيَّة: يفسد الشَّرط والعقد؛ لأنَّ اشتراط الضَّمان على الأمين شرطٌ ليس في كتاب الله.

ونوقش: بأنَّه لم يثبت دليلٌ على تحريم اشتراط الضَّمان في الأمانات.

واستدلَّ الحنفيَّة والشَّافعيَّة على بطلان اشتراط الضَّمان بأنَّهم يرون بطلان كلِّ شرطٍ لا يقتضيه العقد، ولا ينافيه، ولا يعتبر من مصلحة العقد؛ لحديث: «نهى النَّبيُّ ﷺ عن بيعٍ وشرطٍ...». وقد سبق الكلام على الحديث والجواب عنه.

إلَّا أنَّ المالكيَّة قالوا بصحَّة العقد إذا أسقط المُؤْجِر الشَّرط قبل الفوات، والفوات عندهم: انقضاء العمل.

وعند بعض المعاصرين: يصحُّ الشَّرط والعقد، وهو مخرَّجٌ على قول قتادة وداود الظَّاهريِّ وأبي حفصٍ العُكْبَريِّ وابن تيميَّة والسَّعديِّ في صحَّة اشتراط ضمان العاريَّة. [انظر: المبسوط ١٥/ ١٦١، مواهب الجليل ٥/ ٤٢٨، روضة الطَّالبين ٤/ ٩٨، المغني ٥/ ٣١١].

(وَيَضْمَنُ) الأجيرُ (الْمُشْتَرَكُ)، وهو: مَنْ قُدِّرَ نَفعُه بالعملِ[١]؛ كخياطةِ ثوبٍ، وبناءِ حائطٍ، سُمِّيَ مُشتَرَكًا؛ لأنَّه يَتَقَبَّلُ أعمالًا لجماعةٍ في وقتٍ واحدٍ يَعمَلُ لهم، فيَشتَرِكون في نفعِه[٢]؛ كالحائكِ، والقصَّارِ، والصبَّاغِ، والجَمَّالِ[٣]، وكلٌّ منهم ضامِنٌ (مَا تَلِفَ بِفِعْلِهِ)[٤]؛ كتخريقِ الثوبِ، وغلطِهِ

---

(١) ويتقبَّل أعمالًا لجماعةٍ في وقتٍ لا يختصُّ بنفعه واحدٌ، وكونه عمله مقدَّرًا بمدَّةٍ لا يخرجه عن كونه مشتركًا.

(٢) فتتعلَّق الإجارة بذمَّته.

(٣) والخبَّاز، والخيَّاط، والطَّبَّاخ، وغيرهم.

(٤) وهذا هو المذهب، وبه قال أبو يوسف ومحمَّد بن الحسن؛ لما استدلَّ به المؤلِّف، ولحديث سمرة بن جندبٍ ﷺ مرفوعًا: «على اليد ما أخذت حتَّى تؤدِّي»، رواه أحمد، وأبو داود، والتِّرمذيُّ، وابن ماجه، والحاكم، والبيهقيُّ، وصحَّحه التِّرمذيُّ، والحاكم، وهو من رواية الحسن عن سمرة، والحسن مختلفٌ في سماعه من سمرة. [انظر: التَّلخيص ٣/ ٥٣].

وأيضًا فوجوب الأداء لا يلزم منه الضَّمان، وإلَّا لزم أن تضمن الرُّهون والودائع؛ لأنَّها ممَّا قبضت اليد.

واستدلُّوا أيضًا: بأنَّ الأجير المشترك قبض العين لمنفعته من غير استحقاقٍ، فكان ضامنًا لها، قياسًا على المستعير. [انظر: العدَّة ص ٢٧٠].

ونقول: بأنَّ المستعير لا يضمن إلَّا بالتَّعدِّي والتَّفريط.

وعند أبي حنيفة، وهو الأظهر عند الشَّافعيَّة: أنَّه لا يضمن ما تلف تحت يده؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّٰلِمِينَ﴾، فالضَّمان لا يجب إلَّا على الظَّالم المتعدِّي، فيخرج من ذلك الأجير المشترك إذا لم يتعدَّ أو يفرِّط، ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾، وتضمين الأجير المشترك إذا لم يتعدَّ أو يفرِّط أكلٌ للمال بالباطل؛ ولأنَّ الأجير المشترك قد قبض العين بإذن المالك لمنفعته، وهي

في تفصيلِهِ، رُوي عن عمرَ(١)، وعليٍّ(٢)، ....

إقامة العمل له فيها، فلا تكون مضمونةً عليه قياسًا على المودَع، والأجير الخاصِّ، وعامل المضاربة. [انظر: المبسوط ١٥/ ١٠٣، روضة الطَّالبين ٥/ ٢٢٨].

وعند أكثر المالكيَّة: أنَّ الأجير المشترك يضمن ما تلف تحت يده إذا كان ممَّا يغاب عليه، ولم يعلم سببٌ إلَّا بقوله، ولا يضمنه إذا كان ممَّا ثبت تلفه بالبيِّنة من غير تضييعٍ.

واستدلُّوا: بما ورد عن عمر وعليٍّ ﷺ من التَّضمين، واستدلُّوا على عدم التَّضمين إذا كان المال ممَّا ثبت تلفه بالبيِّنة من غير تضييعٍ: أنَّ الصَّانع ونحوه أجيرٌ، فإذا ثبت هلاك ما دفع إليه بغير تعدٍّ أو تفريطٍ لم يضمن، أشبه الصَّانع الخاصَّ والرَّاعي. [انظر: المبسوط ١٥/ ١٠٣، تبيين الحقائق ٥/ ١١٠، الإشراف ٢/ ٧٥، المقدِّمات الممهِّدات ٢/ ٢٤٣، المهذَّب ١/ ٤١٥، حلية العلماء ٥/ ٤٤٦، الفروع ٤/ ٤٥٠، العدَّة ص٢٧٠، المبدع ٥/ ١٠٩].

(١) رواه عبد الرزاق (١٤٩٤٩)، وابن أبي شيبة (٢١٠٥٠) من طريق بكير بن عبد الله بن الأشج: «أن عمر بن الخطاب ضمن الصناع الذين انتصبوا للناس في أعمالهم ما أهلكوا في أيديهم»، وضعفه الشافعي، وابن الملقن، وقال ابن حجر: (أخرجه عبد الرزاق بسند منقطع). [انظر: الأم ٤/ ٣٨، البدر المنير ٧/ ٤٥، التلخيص الحبير ٣/ ١٤٧].

(٢) رواه عبد الرزاق (١٤٩٤٨)، وابن أبي شيبة (٢١٠٥١)، والبيهقي (١١٦٦٦)، من طريق جعفر بن محمد، عن أبيه، أن عليًّا ﷺ كان يضمِّن القصار والصواغ، وقال: «لا يُصلحُ الناسَ إلا ذلك»، صححه ابن حزم، وضعفه الشافعي، وقال البيهقي: (حديث جعفر عن أبيه عن علي مرسل)، وضعفه الألباني بهذه العلة أيضًا.

وقد روى عبد الرزاق (١٤٩٥٠) من طريق جابر، عن الشعبي: «أن عليًّا وشريحًا كانا يضمِّنان الأجير»، وجابر الجعفي ضعيف الحديث.

وشريحٍ[(١)]، والحسنِ[(٢)] ﷺ؛ لأنَّ عملَه مضمونٌ عليه لكونِهِ لا يَستحِقُّ العِوضَ إلا بالعملِ، وأنَّ الثوبَ لو تَلِف في حِرزِه بعدَ عملِه لم يَكُن له أجرةٌ فيما عَمِلَ به، بخلافِ الخاصِّ[(٣)]، والمتولِّدُ مِن المضمونِ مضمونٌ[(٤)]، وسواءٌ عَمِل في بيتِه، أو بيتِ المستأجِرِ[(٥)]، ....

وروى ابن أبي شيبة (٢١٠٤٩) من طريق سماك، عن ابن عبيد بن الأبرص: «أن عليًّا ضمَّن نجارًا»، وابن عبيد ذكره البخاري، وابن أبي حاتم ولم يذكرا فيه جرحًا ولا تعديلًا.

وروى البيهقي (١١٦٦٧)، من طريق خِلاسٍ: «أن عليًّا كان يضمِّن الأجير»، قال البيهقي: (أهل العلم بالحديث يضعفون أحاديث خلاس عن علي، ويقولون: هو من كتاب).

قال البيهقي: (وإذا ضمت هذه المراسيل بعضها إلى بعض أخذت قوة).

[انظر: الأم ٣٨/٤، التاريخ الكبير للبخاري ٣/ ٢٥٠، الجرح والتعديل لابن أبي حاتم ٣/ ٤٣٦، المحلى ٧/ ٣٠، معرفة السنن والآثار ٣٣٨/٨، الإرواء ٥/ ٣١٩].

(١) رواه ابن أبي شيبة (٢١٠٥٢) عن علي بن الأقمر، عن شريح، أنه كان يضمن القصَّار، وقال: «أعطه ثوبه أو شراءه».

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٢١٠٥٥) عن يونس، عن الحسن، أنه قال في القصار إذا أفسد: «هو ضامن».

(٣) أي: فإنَّه إذا أمكن المستأجر من استعماله استحقَّ العوض بمضيِّ المدَّة وإن لم يعمل، وما عمل فيه من شيءٍ فتلف من حرزه لم يسقط أجره بتلفه.

(٤) فلو دفع إلى خيَّاطٍ ثوبًا يساوي عشرةً، فخاطه فصار يساوي خمسة عشر، ثمَّ تلف عند الخيَّاط بفعله ضمن خمسة عشر.

(٥) لأنَّه ضمانٌ لجنايته.

أو كان المستأجِرُ على المتاعِ[١] أوْ لَا .

(وَلَا يَضْمَنُ) المشتركُ (مَا تَلِفَ مِنْ حِرْزِهِ[٢]، أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ)؛ لأنَّ العينَ في يدِه أمانةٌ؛ كالمودَعِ[٣]، (وَلَا أُجْرَةَ لَهُ) فيما عَمِلَ فيه؛ لأنَّه لم يُسلِّمْ عملَه إلى المستأجِرِ، فلم يَستحقَّ عِوضَه، سواءٌ كان في بيتِ المستأجِرِ أو غيرِه، بناءً كان أو غيرَه[٤].

وإن حَبَس الثوبَ على أجرتِه فتَلِفَ؛ ضَمِنه؛ لأنَّه لم يَرهنْه عندَه، ولا أَذِن

(١) أي: سواءٌ كان المستأجر حاضرًا قائمًا على المتاع، أو غائبًا، فإنَّ الأجير يضمن إذا تلف المتاع بفعله، وإن تبرَّع بعمله لم يضمن جناية يده؛ لأنَّه أمينٌ محضٌ. [انظر: حاشية العنقريِّ ٢/ ٣٢٨].

(٢) بغير تعدٍّ ولا تفريطٍ، كما لو أقفل الخيَّاط على الثَّوب الَّذي استؤجر لخياطته ثمَّ سرق، فلا يضمن.

(٣) [انظر: كشَّاف القناع ٤/ ٣٤].

مثاله: احترق دكَّان الخيَّاط الَّذي فيه الثَّوب الَّذي استؤجر لخياطته، فلا يضمن.

(٤) وهذا هو المذهب؛ لأنَّه لم يسلِّم عمله للمستأجر، فلم يستحقَّ عوضه، كالمبيع من الطَّعام إذا تلف في يد بائعه.

وعند الحنفيَّة، وبه قال الإمام مالكٌ، وهو مذهب الشَّافعيَّة: أنَّه لا أجرة له إذا انفرد باليد؛ لأنَّ الأجرة لا تستحقُّ إلَّا بتسليم ما استؤجر على عمله إلى صاحبه، أمَّا إذا لم ينفرد العامل باليد، بأن كان بحضرة المستأجر أو منزله، فإنَّه يستحقُّ الأجرة بالفراغ من العمل، كإخراج الخبز من التَّنُّور؛ لأنَّ يد المستأجر عليه، فوقع العمل مسلمًا لصاحبه. [انظر: تبيين الحقائق ٥/ ١٣٤، المدوَّنة ٣/ ٤٤٠، أسنى المطالب ٢/ ٤٢٦، كشَّاف القناع ٤/ ٣٣، هداية الرَّاغب ص٣٨١].

له في إمساكِه، فلَزِمَه الضَّمانُ؛ كالغاصِبِ[(١)(٢)].

(١) فيخيَّر مالكٌ بين تضمينه غيرَ معمولٍ ولا أجرة، أو معمولًا وللعامل الأجرة، وهذا المذهب، ومذهب الحنفيَّة.

وعند مالكٍ: إن كان يسيرًا فعليه قيمة ما أفسد، وإن كان الفساد كثيرًا ضمن قيمة ما أفسده يوم قبضه، وليس عليه أن يضمن قيمة العين مصنوعةً.

واختلف الشَّافعيَّة في كيفيَّة تضمين تأجير المشترك بناءً على اختلافهم في تضمينه:

ففي المهذب ١/٤٠٨: (فإن قلنا: إنَّه أمينٌ، فتعدَّى فيه، ثمَّ تلف ضمنه بقيمته أكثر ما كانت من حين تعدَّى إلى أن تلف؛ لأنَّه ضمنه بالتَّعدِّي، فصار كالغاصب، وإن قلنا: إنَّه ضامنٌ، لزمه قيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التَّلف كالغاصب، ومن أصحابنا من قال: يلزمه قيمته وقت التَّلف كالمستعير، وليس بشيءٍ).

(٢) فالمذهب، وهو أحد الوجهين عند الشَّافعيَّة، وبه قال زفر من الحنفيَّة: أنَّه لا يجوز للمستأجر حبس المصنوع على استيفاء الأجرة، واشترط الحنابلة: عدم إفلاس المستأجر؛ لأنَّ المستأجر لم يرهن العين المصنوعة عند الصَّانع، ولم يأذن له في حبسها.

وعند الحنفيَّة، والمالكيَّة، وأحد الوجهين عند الشَّافعيَّة: يجوز للصَّانع حبس العين المصنوعة حتَّى يستوفي أجرته؛ لأنَّ عمل الصَّانع في المصنوع ملكٌ له، فجاز له حبسه حتَّى يحصل على أجرته كالمبيع. [انظر: بدائع الصَّنائع / ٢٠٣، مواهب الجليل ٥/٤٣١، المهذَّب ١/٤٠١، كشَّاف القناع ٤/٢٩].

مسألةٌ: إذا عمل مجموعةٌ من الأجراء الخاصِّين تحت يد الأجير المشترك، كالخيَّاط يعمل عنده مجموعةٌ من الخيَّاطين كأجراء خاصِّين له، فإذا أتلف الأجير الخاصُّ عند الأجير المشترك بلا تعدٍّ منه ولا تفريطٍ، فمن الضَّامن؟

وإن ضَرَب الدَّابةَ بقَدْرِ العادةِ؛ لم يَضمَنْ(١).

(وَتجِبُ الأُجْرَةُ بِالعَقْدِ)(٢)؛ كثمنٍ وصَداقٍ، وتَكونُ حالَّةً **(إِنْ لَمْ تُؤَجَّلْ)**

القول الأوَّل: الضَّمان على الأجير المشترك، ولا ضمان على الأجير الخاصِّ إذا تلف ما تحت يده بلا تعدٍّ ولا تفريطٍ، وهذا مذهب الحنفيَّة، والمالكيَّة، والحنابلة؛ لأنَّ الأجير الخاصَّ لا يضمن إلَّا بالتَّعدِّي، وقد سبق ذكر الأدلَّة.

القول الثَّاني: لا يضمن إلَّا إن أخذ الأجير الخاصُّ السِّلعة إلى بيته، وغاب بها عن حانوت أستاذه، فإنَّه يكون ضامنًا؛ لأنَّ ضمان الأجير عند المالكيَّة هو ضمان تهمةٍ لا ضمان أصالةٍ.

القول الثَّالث: لا ضمان على أحدٍ منهما، أمَّا الأجير الخاصُّ فلأنَّه أمينٌ، وأمَّا الأجير المشترك فالشَّافعيُّ في أحد قوليه يرى أنَّه لا ضمان عليه، وعليه فلا ضمان في هذه المسألة على أيِّ واحدٍ منهما. [انظر: المبسوط ١٦/١١، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/٢٦، الحاوي ٦/٥٠١، الإنصاف ٦/٧٤].

(١) لأنَّ ذلك ممَّا جرت به العادة.

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: أنَّ الأجرة تجب بالعقد، ويجب تسليمها بتسليم العين والتَّمكين من الانتفاع وإن لم ينتفع فعلًا؛ لأنَّه عوضٌ أطلق ذكره في عقد المعاوضة، فيستحقُّ بمطلق العقد؛ كالثَّمن والمهر، فإذا استوفى المنفعة؛ أو مضت المدَّة استقرَّت الأجرة.

وإن كانت الإجارة على عملٍ، فالأجرة تجب في العقد وتثبت دينًا في ذمَّة المستأجر، لكن لا يستحقُّ تسلُّمها إلَّا عند تسليمه العمل، أو مضيِّ المدَّة، إن كان الأجير خاصًّا؛ لما علَّل به المؤلِّف، وفارق الإجارة على الأعيان؛ لأنَّ تسلُّمها أُجري مجرى تسليم نفعها.

وعند الحنفيَّة: لا تجب الأجرة بنفس العقد، وإنَّما تستحقُّ بواحدٍ من ثلاثة

بأجلٍ معلومٍ، فلا تجبُ حتى يحلَّ[(١)].

أمورٍ: شرط التَّعجيل في نفس العقد، أو التَّعجيل من غير شرطٍ، أو استيفاء المعقود عليه؛ لأنَّ المنافع تقبض شيئًا فشيئًا؛ **لقوله تعالى**: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾، ففي الآية دليلٌ على دفع الأجر بعد العمل، فدلَّ على أنَّها حالة الوجوب.

وعند المالكيَّة: الأصل تأجيل الأجرة إلَّا في أربع مسائل يجب فيها تعجيل الأجرة: أن يشرط ذلك المُؤْجِر، أو تجري به عادةٌ كما في كراء الدَّواب للسَّفر، أو عيَّن الأجرة كأن يكون ثوبًا معينًا فيجب التَّعجيل في هذه الحال، أو كان الأجر لم يعيَّن والمنافع مضمونةٌ في ذمَّة المُؤْجِر، فإن شرع فيها فلا بأس، فإن لم يشرع لأكثر من ثلاثة أيَّامٍ فلا يجوز، إلَّا إذا عجَّل جميع الأجرة، وإلَّا أدَّى إلى ابتداء الدَّين بالدَّين.

ويستثنى من وجوب تعجيل جميع الأجرة إذا كان محلُّ الإجارة دابَّةً للسَّفر، وكانت المسافة بعيدةً، والسَّفر في غير وقت سفر النَّاس عادةً، وكانت الأجرة كثيرةً، فلا يشترط تعجيل جميعها، بل يكتفى تعجيل اليسير من الأجرة الكثيرة، فإن كانت يسيرةً؛ وجب تعجيل جميعها.

والصَّانع والأجير لا أجرة لهما إلَّا عند تمام عملهما، إلَّا إن كان هناك عرفٌ أو تراضٍ على التَّعجيل، وإذا لم يجب تعجيل الأجرة كما تقدَّم كان مياومةً أي: كلَّما استوفى منفعة يومٍ، أو تمكَّن من استيفائها؛ لزمته أجرته، أو بعد تمام العمل. [انظر: الهدية ٢/ ٢٣٢، بدائع الصَّنائع ٤/ ٢٠٢، الشَّرح الصَّغير ٤/ ١٦١، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/ ٤، المهذَّب ١/ ٣٩٩، نهاية المحتاج ٥/ ٣٢٢، المغني ٨/ ١٧].

(١) كالثَّمن والصَّداق.

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص ١١٥: (وإذا مات المستأجر لم

(وَتُسْتَحَقُّ)، أي: يُملَكُ الطَّلبُ بها (بِتَسْلِيمِ العَمَلِ الَّذِي فِي الذِّمَّةِ)، ولا يجبُ تَسليمُها قبلَه(١) وإن وَجَبَت بالعقدِ؛ لأنَّها عِوضٌ، فلا يُستَحَقُّ تَسليمُه إلا مع تَسليمِ المعوَّضِ؛ كالصداقِ(٢).

وتَستقِرُّ كاملةً باستيفاءِ المنفعةِ، وبتسليمِ العينِ ومُضيِ المدَّةِ مع عدمِ المانِعِ(٣)، أو فَراغِ عَمَلِ ما بيدِ مستأجِرٍ، ودَفعِه إليه(٤).

يلزم ورثته تعجيل الأجرة في أصحِّ قولي العلماء، وهذا على قول من يقول: لا يحلُّ الدَّين بالموت ظاهرًا، وكذا على قول من يقول بحلوله في أظهر قوليهم، إذ يفرِّقون بين الإجارة وغيرها كما يفرِّقون في الأرض المحتكرة إذا بيعت أو ورثت، فإنَّ الحكر يكون على المشتري والوارث، وليس لأصحاب الحكر أخذ الحكر من البائع وتركة الميِّت في أظهر قولي العلماء).

(١) أي: ولا يجب تسليم أجرة العمل الَّذي في الذِّمَّة حتَّى يسلَّم العمل، وفارق الإجارة على الأعيان؛ لأنَّ تسليمها أجري مجرى تسليم نفعها، ومتى كانت على عمل في الذِّمَّة؛ لم يحصل تسليم المنفعة ولا ما يقوم مقامها.

(٢) وكالثَّمن في المبيع لا يجب تسليمهما إلَّا بتسليم معوَّضهما.

(٣) لأنَّه قبض المعقود عليه فاستقرَّ عليه البدل.

(٤) في المنتهى وشرحه معونة أُولي النُّهى ٥/ ١٥٠: (وتستقرُّ الأجرة بفراغ عمل ما استؤجر لعمله، وهو بيد مستأجرٍ، كطبَّاخ استؤجر لطبخٍ في بيت مستأجرٍ فوفى به، وبدفع غير ما بيد مستأجرٍ، كخيَّاط استؤجر ليخيط ثوبًا بدكَّانه فخاطه وسلَّمه لربِّه معمولًا).

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص ٢٢٦: (إذا عمل الأجير بعض العمل؛ أعطي من الأجرة بقدر ما عمل).

وقال الشَّيخ أبا بطينٍ: (إن ترك لعذرٍ شرعيٍّ يستحقُّ وإلَّا فلا). [انظر: حاشية ابن قاسمٍ ٥/ ٣٤٣].

وإن كانت لعملٍ فبذلِ تسليمِ العينِ، ومُضي مدَّةٍ يُمكِنُ الاستيفاءُ فيها[١].

(وَمَنْ تَسَلَّمَ عَيْنًا بِإِجَارَةٍ فَاسِدَةٍ[٢]، وَفَرَغَتِ الْمُدَّةُ؛ لَزِمَهُ أُجْرَةُ الْمِثْلِ)[٣][٤]

---

(١) كما لو اكترى دابَّةً ليركبها إلى بلدٍ وسلَّمها إليه المُؤْجِر، ومضت مدَّةٌ يمكنه فيها ذهابه إلى ذلك البلد ورجوعه على العادة فلم يفعل؛ لأنَّ المنافع تلفت تحت يده باختياره، وهذا هو المذهب، وهو قول الشَّافعيَّة.

وعند أبي حنيفة: لا أجر عليه، وقال الموفَّق: (وهو أصحُّ عندي؛ لأنَّه عقدٌ على ما في الذِّمَّة، فلم يستقرَّ عوضه ببذل التَّسليم كالمسلَم فيه). [انظر: المغني ٨/ ٢٠].

(٢) الإجارة الفاسدة: ما اختلَّ شرطٌ من شروط صحَّتها.

وعند الحنفيَّة: ما كانت مشروعةً بأصلها دون وصفها، بأن فات شرطٌ من شروط الصِّحَّة. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٣٦٦٢].

(٣) وهذا هو المذهب، وهو مذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة؛ تجب الأجرة بالتَّمكين، وذلك باستلامه للعين، سواءٌ انتفع أو لم ينتفع؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند الحنفيَّة وروايةٌ عند الحنابلة: لا تجب الأجرة إلَّا باستيفاء المنفعة، فلم يلزمه عوضها قياسًا على النِّكاح الفاسد، أمَّا إذا استوفى المنفعة فقد وجبت الأجرة. [انظر: حاشية ردِّ المختار ٦/ ٤٦، نهاية المحتاج ٥/ ٣٢٣، شرح المنتهى ٢/ ٣٨١].

(٤) أمَّا ما يتعلق بمقدار الأجرة في الإجارة الفاسدة: فإن كانت الأجرة مجهولةً فأجرة المثل.

وإن كانت مسمَّاةً، فالجمهور: تجب أجرة المثل؛ لقول الله تعالى: ﴿وَٱلْحُرُمَٰتُ قِصَاصٌ﴾.

قال ابن حزمٍ: (فمن استغلَّ مال غيره بغير حقٍّ؛ فهي حرمةٌ انتهكها، فعليه أن يقاصَّ بمثله من ماله)، وبالقياس على البيع، فإنَّ البيع إذا فسد اعتبرت قيمة

لمدَّة بقائها في يده، سَكَن أو لم يَسكُنْ؛ لأنَّ المنفعةَ تَلِفت تحتَ يدِه بعوضٍ لم يُسلَّمْ للمُؤْجِرِ، فَرُجِع إلى قيمتِها(١).

المثل فكذا الإجارة بجامع أنَّ كلًّا منهما بيعٌ.

وعند أبي حنيفة: يجب أجر المثل ما لم يزد على المسمَّى، فإن زاد على المسمَّى وجب الأجر المسمَّى؛ لأنَّ المنافع لا قيمة لها في أنفسها عند الحنفيَّة، وإنَّما بالعقد أو بشبهة العقد، وعليه فيجب الرُّجوع إلى ما قوِّمت به في العقد.

وعند أحمد في روايةٍ، وهو اختيار ابن تيميَّة: يجب الأجر المسمَّى في الإجارة الفاسدة مطلقًا، وإن زاد على أجر المثل؛ قياسًا على النِّكاح الفاسد، وقياسًا على الضَّمان، فالضَّمان في الإجارة الفاسدة كالضَّمان في الإجارة الصَّحيحة. [انظر: المصادر السَّابقة، درر الحكَّام ٢/ ٢٣١، المغني مع الشَّرح الكبير ٦/ ١١٩، المحلَّى ٩/ ١٨].

وذهب عامَّة أهل العلم إلى أنَّ كلَّ عقدٍ يقتضي صحيحُه الضَّمان فيقتضي فاسدُه أيضًا الضَّمان، وما لا يقتضي صحيحُه الضَّمان لا يقتضيه فاسدُه أيضًا.

(١) كما لو استوفاها.

مسألةٌ: إذا أمسك المستأجر العين المستأجرة بعد انتهاء الإجارة فهذا له ثلاث حالاتٍ:

الحال الأولى: أن يترك الرَّدَّ لعذرٍ، كأن يكون المالك غائبًا، ففي هذه الحال لا ضمان عليه، ولا أجرة، بشرط ألَّا يستعملها.

الحال الثَّانية: أن يستنظر المستأجر المالك فينظره مختارًا، فإن كان ذلك بعوضٍ فهي إجارةٌ مبتدأةٌ، لا يضمن إلَّا بالتَّعدِّي والتَّفريط، ومثله لو أمهله ولم يذكر عوضًا، فالأصل الإجارة؛ لأنَّ الأصل أنَّ الإنسان لا يبذل ماله إلَّا بمقابلٍ، وقد بذلها في الإجارة الأولى بعوضٍ، فيستصحب الحال في المدَّة الثَّانية.

  

وإذا كان ذلك بغير عوضٍ فهو في حكم المستعير، والخلاف في ضمان العين في هذه الحالة راجعٌ إلى الخلاف في ضمان العاريّة، والصَّحيح أنَّ العاريّة أمانةٌ في يد المستعير لا تضمن إلَّا بالتَّعدِّي أو التَّفريط.

الحال الثَّالثة: أن يمسك المستأجر العين المُؤْجَرة بعد انتهاء الإجارة من غير عذرٍ، وهذا له صورتان:

الأولى: أن يطلبِ المالك العين فيمنعه المستأجر، فهذا غاصبٌ، عليه أجرة المدَّة الَّتي بقيت فيها العين في يده، وإن تلفت العين فعليه ضمانها، وهل يجمع بين الضَّمان والأجرة؟

عند الحنفيَّة: لا يجتمع الأجر والضَّمان.

وعند الجمهور: يجتمع الأجر والضَّمان.

الصُّورة الثَّانية: ألَّا يكون من المستأجر ردٌّ، ولا من المُؤْجِر طلبٌ، فهل يلزم المستأجر الضَّمان والأجرة إذا لم ينتفع بها؟ وهذا الحكم مبنيٌّ على مسألة خلافيَّةٍ: هل يجب على المستأجر الرَّدُّ ومؤنته، أو لا يجب عليه؟

فالمشهور من المذهب، ومذهب الحنفيَّة، والشَّافعيَّة: لا يلزم المستأجر ردُّ العين المستأجرة، وإنَّما عليه التَّخلية فقط بينه وبين مالكها، وتسليمها إذا طلبها صاحبها؛ لأنَّ العين المستأجرة أمانةٌ في يد صاحبها، وهذا يقتضي أن لا ضمان عليه، ولا يجب عليه الرَّد كالوديعة.

وبناءً عليه فلا أجرة على المستأجر ولا ضمان ما دام أنَّ مالك العين المستأجرة لم يطلبها، ولم يكن من المستأجر منعٌ ولا استعمالٌ.

وفي قولٍ عند الحنابلة، وقولٍ عند الشَّافعيَّة: يلزم المستأجر الرَّدُّ إذا كان قادرًا عليه، ولو لم يطلبها صاحبها.

(بَابُ السَّبَقِ)(١)

هو بتحريكِ الباءِ: العِوضُ الذي يُسابَقُ عليه، وبسكونِها: المسابقةُ، أي: المُجاراةُ بين حيوانٍ وغيرِه(٢) ....

وعلى هذا إذا لم يقم المستأجر بردِّ العين بعد انتهاء مدَّة الإجارة، ولو لم يطلبها صاحبها يكون بذلك في حكم الغاصب، ويكون عليه ضمانها إن تلفت، وأجرتها مدَّة بقائها في يده. [انظر: بدائع الصَّنائع ٤/ ٢٠٩، إعانة الطَّالبين ٣/ ١١٥، الإنصاف ٦/ ٨٣].

فرعٌ: وقال ابن قدامة في المغني ٥/ ٣١١: (والعين المستأجرة أمانةٌ في يد المستأجر، إن تلفت بغير تفريطٍ لم يضمنها...، ولا نعلم في هذا خلافًا؛ وذلك لأنَّه قبض العين لاستيفاء منفعةٍ يستحقُّها منها، فكانت أمانةً...).

(١) قال ابن فارسٍ في مقاييس اللُّغة ٣/ ١٢٩: (السِّين والباء والقاف يدلُّ على أصلٍ واحدٍ صحيحٍ، يدلُّ على التَّقديم...).

وفي لسان العرب ١٠/ ١٥٠: (السَّبق: القَدمة في الجري وفي كلِّ شيءٍ... مصدر سبق).

(٢) وهو جائزٌ بالكتاب كما في قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾، ومن وسائل إعداد القوَّة المسابقة، وقوله تعالى عن إخوة يوسف: ﴿إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِندَ مَتَٰعِنَا﴾.

وفي تيسير الكريم المنَّان ٣/ ١٢: (نستبق إمَّا على الأقدام، أو بالرَّمي والنِّضال).

ومن السُّنَّة: ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما: «أنَّ رسول الله ﷺ سابق بين الخيل الَّتي

... [(١)]

(يَصِحُّ)، أي: يجوزُ السباقُ (عَلَى الأَقْدَامِ[(٢)])، ....

أُضْمِرَتْ من الحَفْياء، وأَمَدُها ثنيَّة الوداع، وسابق بين الخيل الَّتي لم تضمَّر فأرسلها من الثَّنيَّة إلى مسجد بني زُرَيقٍ، وأنَّ عبد الله بن عمر كان فيمن سابق بها» متَّفقٌ عليه.

وروى سلمة بن الأكوع قال: مرَّ رسول الله ﷺ على نفرٍ من أَسْلَمَ يَنْتَضِلون، فقال النَّبيُّ ﷺ: «اِرْمُوا بني إسماعيل، فإنَّ أباكم كان راميًا...» رواه البخاريُّ.

والإجماع على جواز المسابقة حكاه كثيرٌ من العلماء منهم: ابن عبد البرِّ، وابن قدامة، وابن حزمٍ، وابن القيِّم. [انظر: التَّمهيد ١٤/ ٨٩، المغني ٨/ ٦٥١، مراتب الإجماع ص ١٨٣، الفروسيَّة ص ٣، أحكام المسابقات ٣٣].

(١) كسفنٍ ورماحٍ وسهامٍ.

وفي الاختيارات ص ١٦٠ عن شيخ الإسلام: (ويجوز اللَّعب بما قد يكون فيه مصلحةٌ بلا مضرَّةٍ، وظاهر كلام أبي العبَّاس: لا يجوز اللَّعب المعروف بالطَّاب والمنقلة، وكلُّ ما أفضى كثيره إلى حرمةٍ إذا لم يكن فيه مصلحةٌ راجحةٌ؛ لأنَّه يكون سببًا للشَّرِّ والفساد، وما ألهى وشغل عمَّا أمر الله به؛ فهو منهيٌّ عنه، وإن لم يحرم جنسه؛ كالبيع والتِّجارة، وسائر ما يتلهَّى به البطَّالون من أنواع اللَّهو، وسائر ضروب اللَّعب ممَّا لا يستعان به على حقٍّ شرعيٍّ فكلُّه حرامٌ... والصِّراع والسَّبْق بالأقدام ونحوها طاعةٌ إذا قصد به نصر الإسلام، وأخذ السَّبَق عليه أخذ بالحقِّ...).

(٢) نقل النَّوويُّ وابن القيِّم الإجماع على جواز المسابقة على الأقدام. [انظر: شرح صحيح مسلمٍ للنَّوويِّ ١٢/ ١٨٣، الفروسيَّة: ص ٦]؛ ولحديث سلمة بن الأكوع ﵁: «أنه سابق رجلًا من الأنصار بين يدي النَّبيِّ ﷺ» رواه مسلمٌ؛ ولحديث عائشة ﵂ قالت: «كنت في سفر مع النَّبيِّ ﷺ فسابقته فسبقته على

وَسَائِرِ الحَيَوَانَاتِ(١)، ....

رجليَّ، فلما حَمَلْتُ اللَّحم سابقته فسبقني، فقال: هذه بتلك السَّبقة» رواه أبو داود، وابن ماجه، وصحَّحه ابن حبَّان والبوصيريُّ.

واختلف العلماء في أخذ العوض على المسابقة بالأقدام: فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: عدم جواز أخذ العوض عليها؛ لحديث: «لا سَبَق إلَّا في نصلٍ أو خفٍّ أو حافرٍ».

وعند الحنفيَّة، واختاره شيخ الإسلام جواز أخذ العوض عليها، وقياسًا على الخفِّ والحافر؛ لأنَّ الأقدام في قتال الرَّجَّالة كالخيل في قتال الفرسان، ولما في ذلك من الاستعداد على الجهاد. [انظر: الاختيار ٤/ ٢٦٦، التَّمهيد ١٤/ ٩١، نهاية المحتاج ٨/ ٢٨، المغني ٨/ ٦٥٣، الكافي ٢/ ٢٣٦، الاختيارات الفقهيَّة ص١٦٠، أحكام المسابقات ٥٥].

(١) كالخيل، فيجوز المسابقة على الخيل بالإجماع. [انظر: أحكام القرآن للقرطبيِّ ٤/ ٢٢٧٤، شرح صحيح مسلمٍ للنَّوويِّ ٢٣/ ٤]، وتقدَّم حديث ابن عمر قريبًا.

ويأتي حكم أخذ العوض في المسابقة على الخيل، وكذا الإبل يجوز المسابقة عليها بالإجماع. [انظر: مراتب الإجماع لابن حزمٍ ص ١٨٣]؛ ولحديث أنسٍ رضي الله عنه قال: «إنَّ النَّبيَّ ﷺ كانت له ناقةٌ يقال لها العضباء لا تسبق، فجاء أعرابيٌّ على قَعودٍ فسبقها... فقال رسول الله ﷺ: إنَّه حقٌّ على الله لا يرتفع من هذه الدُّنيا شيءٌ إلَّا وضعه» رواه التِّرمذيُّ، ويأتي حكم أخذ العوض على مسابقة الإبل، وكذا يجوز السِّباق على الفِيَلة. [انظر: المغني ٨/ ٦٥١، الإنصاف ٦/ ٩٩، كشَّاف القناع ٤/ ٣٨].

مسألةٌ: اختلف العلماء في حكم بذل العوض في الفيل، فالمذهب، ومذهب المالكيَّة، وبعض الشَّافعيَّة عدم الجواز؛ لما تقدَّم من الدَّليل على عدم

وَالسُّفُنِ[(١)]، وَالمَزَارِيقِ)، جمع مِزْرَاقٍ، وهو: الرمحُ القصيرُ، وكذا

جواز أخذ العوض على المسابقة بالأقدام؛ لأنَّه لا يقاتل عليه، فلا يصلح للكرِّ والفرِّ.

وعند الحنفيَّة، وبعض الشَّافعيَّة: يجوز أخذ العوض على المسابقة عليها؛ لأنَّ الفيل ذو خفٍّ، ولأنَّه يقاتل عليه أشبه الإبل، بل هو في ملاقاة العدوِّ أنكى من الإبل. [انظر: حاشية ابن عابدين ٦/ ٤٠٢، مواهب الجليل ٣/ ٣٩٠، الإقناع للخطيب ٢/ ٢٨٥، المغني ٨/ ٦٥١، كشَّاف القناع ٤/ ٣٨، أحكام المسابقات٦٧].

وكذا يجوز المسابقة على الحمير والبغال. [انظر: المصادر السَّابقة].

واختلف في حكم أخذ العوض عليها؛ فالمذهب، ومذهب المالكيَّة، وبعض الشَّافعيَّة عدم الجواز؛ لما تقدَّم من الدَّليل على عدم أخذ العوض على المسابقة على الأقدام، ولأنَّها لا تصلح للكرِّ والفرِّ، ولأنَّه لم يسابق عليها أحدٌ من السَّلف.

وعند الحنفيَّة، وبعض الشَّافعيَّة: يصحُّ أخذ العوض عليها؛ لأنَّ لفظ الحافر يتناول الحمار والبغل، ولأنَّه يشارك فيها بالقتال. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، جواز المسابقة على السُّفن، لكن اختلفوا في جواز أخذ العوض على المسابقة فيها على قولين:

فالمذهب، وهو مذهب الحنفيَّة، والمالكيَّة، والشَّافعيَّة، والحنابلة عدم جواز أخذ العوض على المسابقة فيها؛ لما تقدَّم من الدَّليل على عدم جواز أخذ العوض على المسابقة على الأقدام؛ ولأنَّ سباق السفن بالملَّاح، لا بمن يقاتل.

وفي وجهٍ للحنابلة، ووجهٍ للشَّافعيَّة جواز أخذ العوض على المسابقة فيها؛ لأنَّ السُّفن في قتال الماء؛ كالخيل في قتال الأرض، فهي معدَّةٌ لجهاد العدوِّ في البحر. [انظر: حاشية ابن عابدين ٦/ ٤٠٤، منح الجليل ١/ ٧٧٠، المجموع ١٤/ ٢٧، مطالب أُولي النُّهى ٣/ ٧٠٣، أحكام المسابقات ٦٧].

المناجيقُ[(١)]، ورَميُ الأحجارِ بمَقاليعَ ونحوِ ذلك[(٢)]؛ «**لأَنَّهُ ﷺ سَابَقَ عَائِشَةَ**» رواه أحمدُ وأبو داودَ[(٣)]، و«**صَارَعَ رُكَانَةَ**[(٤)] **فَصَرَعَهُ**»[(٥)] ....

(١) آلةٌ ترمى بها الحجارة.

(٢) كرمي أحجارٍ بيدٍ لمعرفة الأشدِّ.

(٣) رواه أحمد (٢٦٢٥٢) من طريق حماد بن سلمة، ورواه أبو داود (٢٥٧٨) من طريق أبي إسحاق الفزاري، وابن ماجه (١٩٧٩)، وابن حبان (٤٦٩١) من طريق ابن عيينة، ثلاثتهم عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة قالت: «سابقني النبي ﷺ فسبقته»، صححه ابن حبان، وابن الملقن، والألباني.

ورواه النسائي في الكبرى (٨٨٩٤) من طريق أبي أسامة، ويحيى بن أبي زكريا فيما ذكره الدارقطني وأبو زرعة، كلاهما عن هشام، عن رجل، عن أبي سلمة، عن عائشة. وصوبه أبو زرعة والدارقطني. [انظر: علل الحديث ٦/ ٢٣٨، علل الدارقطني ١٥/ ٤٥، البدر المنير ٩/ ٤٢٤، صحيح أبي داود ٧/ ٣٢٩].

(٤) ركانة بن عبد يزيد بن هاشمٍ القرشيُّ المطَّلبيُّ، من مسلمة الفتح، توفِّي في خلافة عثمان، وقيل: توفِّي سنة ٤٢. [انظر: أسد الغابة ٢/ ٨٤].

(٥) جمهور أهل العلم على إباحة المصارعة؛ لما استدلَّ به المؤلِّف.

واختلف العلماء في حكم بذل العوض فيها: فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، عدم الجواز؛ لما تقدَّم من الدَّليل على عدم جواز أخذ العوض إلَّا في المسابقة على الأقدام.

قال ابن عبد البرِّ في التَّمهيد ١٤/ ٨٩: (أجمع أهل العلم على أنَّ السَّبق لا يجوز على وجه الرِّهان إلَّا في الخفِّ، والحافر، والنَّصل).

وفي وجهٍ للحنابلة اختاره شيخ الإسلام وابن القيِّم: جواز أخذ العوض على المسابقة على المصارعة؛ لما روي عن النَّبيِّ ﷺ «أنَّه صارع رُكانة بن عبد يزيد

رواه أبو داودَ[(١)]، و«سَابَقَ سَلَمَةُ بنُ الأَكْوَعِ رَجُلًا مِنَ الأَنْصَارِ بَيْنَ يَدَي رَسُولِ اللهِ ﷺ» رواه مسلمٌ[(٢)].

على شاةٍ، فصرعه، ثمَّ عاد فصرعه، فأسلم وردَّ عليه الغنم».

ولأنَّ المصارعة فيها قوَّةٌ وتدريبٌ على الجهاد. [انظر: حاشية ابن عابدين ٦/ ٤٠٢، مواهب الجليل ٣/ ٣٩٠، نهاية المحتاج ٨/ ٢٨، كشَّاف القناع ٤/ ٣٩، مطالب أُولي النُّهى ٣/ ٧٠٢، الاختيارات ص١٦٠، الفروسيَّة ص ٣٤، أحكام المسابقات ٩٨].

(١) رواه أبو داود (٤٠٧٨)، والترمذي (١٧٨٤) من طريق أبي الحسن العسقلاني، عن أبي جعفر بن محمد بن علي بن ركانة، عن أبيه، أن ركانة صارع النبي ﷺ، فصرعه النبي ﷺ. قال البخاري: (إسناده مجهول، لا يعرف سماع بعضه من بعض)، وقال الترمذي: (هذا حديث غريب وإسناده ليس بالقائم، ولا نعرف أبا الحسن العسقلاني، ولا ابن ركانة)، وقال ابن حبان: (وفي إسناده نظر)، وضعفه الذهبي، وأشار البيهقي إلى ضعفه.

ورواه أبو داود في المراسيل (٣٠٨)، حدثنا موسى، حدثنا حماد، عن عمرو بن دينار، عن سعيد بن جبير مرسلًا. قال البيهقي: (هذا مرسل جيد).

وقد رواه الخطيب البغدادي في المؤتلف كما ذكره ابن حجر في الإصابة (٦/ ٥١٤) موصولًا من طريق حفص بن عمر، حدثنا حماد بن سلمة، عن عمرو بن دينار، عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس ﵄. وحفص ثقة، ولذا قال ابن القيم: (وهذا إسناد جيد متصل)، ووافقه الألباني. [انظر: التاريخ الكبير للبخاري ١/ ٨٢، السنن الكبرى ١٠/ ٣١، الفروسية ص٢٠٢، الكاشف ٢/ ٤٩، البدر المنير ٩/ ٤٢٦، التلخيص الحبير ٤/ ٣٩٧، الإرواء ٥/ ٣٢٩].

(٢) رواه مسلم (١٨٠٧) من حديث سلمة بن الأكوع ﵁، في قصة طويلة، وفيه: وكان رجل من الأنصار لا يُسْبَقُ شَدًّا، فجعل يقول: «أَلَا مُسابِقٌ إلى

(وَلَا تَصِحُّ)، أي: لا تجوزُ المسابقةُ **(بِعِوَضٍ إِلَّا فِي إِبِلٍ، وَخَيْلٍ، وَسِهَامٍ)**(١)؛ لقولِه ﷺ: «**لَا سَبَقَ إِلَّا فِي نَصْلٍ، أَوْ خُفٍّ، أَوْ حَافِرٍ**» ......

المدينة؟ هل من مُسابِق؟» فجعل يعيد ذلك، قال: فلما سمعت كلامه، قلت: أما تُكْرِمُ كريمًا، ولا تهاب شريفًا! قال: لا، إلا أن يكون رسول الله ﷺ، قال: قلت: يا رسول الله، بأبي وأمي، ذَرْني فَلِأُسابِقَ الرجل، قال: «إن شئتَ»، قلت: اذهَبْ إليك، وثَنَيْتُ رجلَيَّ، فطَفَرْتُ فعدوت، قال: فربطت عليه شرفًا أو شرفين أستبقي نفسي، ثم عدوت في إثره، فربطت عليه شرفًا أو شرفين، ثم إني رَفَعْتُ حتى أَلْحَقَه، قال: فأَصُكَّه بين كتفيه، قلت: قد سُبِقْتَ والله، قال: أنا أظن، قال: فسبقته إلى المدينة... الحديث.

(١) قال ابن حزم كما في مراتب الإجماع ص ٩١٨٣ (ولا أعلم خلافًا في إباحة أن يجعل السُّلطان أو الرَّجل شيئًا من ماله للسَّابق في الخيل خاصَّةً).

وقال ابن عبد البرِّ كما في التَّمهيد ١٤/ ٨٨: (وأجمع أهل العلم على أنَّ السَّبَق لا يجوز على وجه الرِّهان إلَّا في الخفِّ والحافر والنَّصل). [انظر: المصادر السَّابقة].

والعوض لا يخلو من أربع حالاتٍ:

الأولى: أن يكون العوض من الإمام، بأن يقول الإمام: من سبق منكما؛ فله من المال كذا، وهذا جائزٌ باتِّفاق الأئمَّة. [انظر: مجموع الفتاوى ٢٨/ ٢٢]. لحديث ابن عمر رضي الله عنه أنَّ رسول الله ﷺ: «سابق بين الخيل وأعطى السَّابق»، رواه أحمد والبيهقيُّ، وإسناده صحيحٌ؛ ولما في ذلك من التَّحريض على تعلُّم الفروسيَّة.

الثَّانية: أن يكون من أجنبيٍّ، وهو غير المتسابقين.

وهذا جائزٌ باتِّفاق الأئمَّة؛ لأنَّ ما جاز أن يخرجه الإمام من بيت المال؛ جاز أن يتطوَّع به أيُّ واحدٍ من المسلمين؛ كبناء المساجد والقناطر، ولما فيه من

....

القربة المعونة على الجهاد. [انظر: حاشية ابن عابدين ٦/ ٤٠٣، شرح الخرشيِّ ٣/ ٥٦، الشَّرح الصَّغير ٢/ ٣٢٥، أسهل المدارك ٣/ ٣٨٢، نهاية المحتاج ٨/ ٢٩، مطالب أُولي النُّهى ٣/ ٧٠٦، أحكام المسابقات ١٢٣].

الثَّالثة: أن يكون العوض من أحد المتسابقين، فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، جواز ذلك؛ لأنَّه إذا جاز بذله من غير المتسابقين؛ فأَولى أن يجوز من بعضهم، ولانتفاء شبهة القمار، ولأنَّه تحريضٌ على الاستعداد لأسباب الجهاد بمال نفسه.

وعند أكثر المالكيَّة: جوازه إذا أخرجه أحد المتسابقين، فإن سبق غير المخرج فالجعل للسَّابق، وإن سبق مخرج الجعل فالجعل لمن حضر المسابقة، ولو اشترط المخرج أنَّ الجعل يعود إليه إن سبق، فالشَّرط فاسدٌ. [انظر: المصادر السَّابقة].

الرَّابعة: أن يكون العوض من المتسابقين جميعًا، فالمذهب، ومذهب الحنفيَّة، والشَّافعيَّة أنَّه لا يجوز بذل العوض من جميع المتسابقين إلَّا أن يدخل في السِّباق محلِّلٌ، ويشترط فيه شروطٌ:

ألَّا يبذل شيئًا من العوض.

أن يأخذ إن سبق.

أن يمكن سبقه.

وأن تكافئ آلته آلات المتسابقين الآخرين؛ لحديث أبي هريرة ﷺ مرفوعًا: «من أدخل فرسًا بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق؛ فلا بأس، ومن أدخل فرسًا بين فرسين وقد أمن أن يسبق؛ فهو قمارٌ» رواه أحمد وأبو داود والحاكم، وفيه سفيان بن حسينٍ ضعيفٌ في روايته عن الزُّهريِّ.

وله شاهدٌ من حديث ابن عمر رواه أحمد والبيهقي ١٠/ ٢١، وهو ضعيفٌ،

....

شريك بن عبد الله القاضي سيِّئ الحفظ.

ولما روى ابن أبي شيبة عن بكرٍ قال: «رأى رجلان ظبيًا وهما محرمان فتواخيا فيه وتراهنا، فرماه بعصًا فكسره، فأتيا عمر وإلى جنبه ابن عوف فقال لعبد الرَّحمن: ما تقول؟ قال: هذا قمارٌ ولو كان سَبَقًا»، رهانٌ لعدم المحلِّل؛ ولأنَّه بدون محلِّلٍ قمارٌ، وبالمحلِّل ينتفي القمار؛ لأنَّ المحلِّل لا يغرم، وإنَّما يحتمل أن يأخذ أو لا يأخذ، فصار كما إذا شرط من جانبٍ واحدٍ.

وعند شيخ الإسلام وابن القيِّم: يجوز بذل العوض من المتسابقين، ولو بدون محلِّلٍ، للعمومات، إذ لم يرد فيها اشتراط المحلِّل كقوله ﷺ: «لا سبق...».

ولحديث أنس ﵁: «لقد راهن رسول الله ﷺ على فرسٍ» رواه الدَّارميُّ، وابن أبي شيبة ١٢/ ٥٠٠، والبيهقيُّ ١٠/ ٢١، وفي مجمع الزَّوائد ٥/ ٢٦٧: «ورجال أحمد ثقاتٌ».

قال شيخ الإسلام: «وما علمت بين الصَّحابة خلافًا في عدم اشتراط المحلِّل».

فالصَّحابة لا يحفظ عن أحدٍ منهم قطُّ أنَّه اشترط المحلِّل، مع كثرة تناضلهم، بل المحفوظ عنهم خلافه كما ذكره عن أبي عبيدة بن الجرَّاح.

وقال الجُوزَجانيُّ الإمام في كتابه «المترجم»: حدَّثنا أبو صالحٍ هو محبوب بن موسى الفرَّاء، حدَّثنا أبو إسحاق هو الفزاريُّ، عن ابن عيينة عن عمرو بن دينارٍ، قال: قال رجلٌ عند جابر بن زيدٍ: إنَّ أصحاب محمَّد كانوا لا يرون بالدَّخيل بأسًا، فقال: «هم كانوا أعفَّ من ذلك». [انظر: الفروسيَّة ص ٢١].

ولأنَّهما إذا أخرجاه جميعًا كان غايته أنَّه جِعالةٌ من الطَّرفين كما لو شرد من كلٍّ منهما جملٌ، فقال كلٌّ منهما للآخر: إن رددت جملي؛ فلك عشرةٌ، وبذل

رواه الخمسةُ عن أبي هريرةَ(١)، ولم يَذكُرِ ابنُ ماجه: «أَوْ نَصْلٍ»(٢)، وإسنادُه حسنٌ، قاله في المبدعِ(٣).

(وَلَا بُدَّ) لصحَّةِ المسابقةِ (مِنْ تَعْيِينِ المَرْكُوبَيْنِ)(٤) ....

الجعل في الجعالة لا يتوقَّف على محلِّلٍ.

فرعٌ: قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص ١٦٠: (فالمغالبة الجائزة تحلُّ بعوضٍ إذا كان ممَّا ينتفع به في الدِّين، كما في مراهنة أبي بكر ﷺ، وهو أحد الوجهين في المذهب، قلت: وظاهر ذلك جواز الرِّهان في العلم وفاقًا للحنفيَّة، لقيام الدِّين بالجهاد والعلم).

ضابط: كلُّ ما كان من آلات الجهاد يصحُّ العوض عليه بأقسامه الأربعة السَّابقة إلحاقًا له بالخفِّ والنَّصل والحافر الَّتي نصَّ عليها النَّبيُّ ﷺ.

(١) رواه أحمد (١٠١٣٨)، وأبو داود (٢٥٧٤)، والترمذي (١٧٠٠)، والنسائي (٣٥٨٥)، وابن حبان (٤٦٩٠) من طريق ابن أبي ذئب، عن نافع بن أبي نافع، عن أبي هريرة ﷺ مرفوعًا. وحسنه الترمذي، والبغوي، وابن الصلاح، وقال ابن القطان: (وإسناده عندي صحيح، ورواته كلهم ثقات)، وصححه ابن حبان، وابن دقيق العيد، والألباني. [انظر: شرح السنة ١٠/ ٣٩٣، بيان الوهم ٥/ ٣٨٣، البدر المنير ٩/ ٤١٩، التلخيص الحبير ٤/ ٣٩٥، الإرواء ٥/ ٣٣٣].

(٢) رواه ابن ماجه (٢٨٧٨) من طريق محمد بن عمرو، عن أبي الحكم مولى بني ليث، عن أبي هريرة ﷺ مرفوعًا: «لا سبق إلا في خف أو حافر»، وأبو الحكم هذا قال فيه ابن حجر: (مقبول)، وقد توبع في الطريق السابقة. [انظر: تقريب التهذيب ص ٦٣٤].

(٣) ٥/ ١٢١.

(٤) برؤيةٍ، أو صفةٍ؛ لما علَّل به المؤلِّف. [انظر: مواهب الجليل ٣/ ٣٩١،

لا الراكِبَيْنِ[١]؛ لأنَّ القصدَ معرفةُ سُرعةِ عَدْوِ الحيوانِ الذي يُسابَقُ عليه.

(وَ) لا بُدَّ مِن (**اتّحَادِهِمَا**) في النَّوعِ[٢]، فلا تصحُّ بينَ عربيٍّ وهَجينٍ.

نهاية المحتاج ٨/ ٢٩، الإنصاف ٦/ ٩١، كشَّاف القناع ٤/ ٣٩].

(١) الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/ ١٣: (ولأنَّهما آلةٌ للمقصود كالسَّرج).

(٢) وهذا هو المذهب، فيشترط اتِّحاد الجنس والنَّوع؛ لأنَّ التَّفاوت بينهما في الجري معلومٌ بحكم العادة فأشبها الجنسين.

وعند جمهور المالكيَّة: لا يشترط اتِّحاد الجنس ولا النَّوع؛ بل يعتبر التَّكافؤ بالتَّقارب في السَّبق، فإن تقارب جنسان كالبغل والحمار جاز.

وعند الشَّافعيَّة: يشترط اتِّحاد الجنس، ولا يشترط اتِّحاد النَّوع، لأنَّه قد يسبق كلٌّ واحدٍ منهما الآخر، ويكفي في إثبات الحكم المظنَّة باحتمال الحكمة، ولو على بعدٍ، ولأنَّهما متساويان في السَّهم والنَّجابة والبطالة. [انظر: أسهل المدارك ٣/ ٣٨٤، المهذَّب ١/ ٤١٤، الإنصاف ٦/ ٩١، مطالب أُولي النُّهى ٣/ ٦٠٩].

ويشترط أيضًا:

إمكان سبق كلٍّ من المتسابقين عادةً؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ لم يسابق بين المضمَّرات وغيرها، بل جعل كلَّ صنفٍ مع ملائمه؛ لأنَّ غير المضمَّرة لا تساوي المضمَّرة.

تحديد المسافة قدرًا أو مشاهدةً؛ لأنَّ الغرض معرفة الأسبق، ولا يحصل إلَّا بتحديد المسافة.

تعيين المبتدأ والغاية؛ لأنَّ الغرض معرفة الأسبق، ولا يحصل إلَّا بتساويهما.

انطلاق المتسابقين في جهةٍ واحدةٍ.

أن يكون العوض معلومًا، مباحًا.

(وَ) لا بُدَّ في المناضلةِ[١] مِن تعيينِ (الرُّمَاةِ)؛ لأنَّ القصدَ معرفةُ حِذْقِهِم[٢]، ولا يحصُلُ إلا بالتعيينِ بالرؤيةِ، ويُعتبرُ فيها أيضًا كونُ القوسَيْن مِن نوعٍ واحدٍ، فلا تصحُّ بينَ قوسٍ عربيَّةٍ وفارسيةٍ[٣].

(وَ) لا بُدَّ أيضًا مِن تحديدِ (المَسَافَةِ)؛ بأنْ يكونَ لابتداءِ عَدْوِهما وآخرِه غايةٌ، ولا يختلِفان فيه.

ويُعتبرُ في المناضلةِ تحديدُ مَدى رَمْيٍ[٤] (بِقَدْرٍ مُعْتَادٍ)[٥]، فلو جَعَلا مَسافةً بعيدةً تَتعذَّرُ الإصابةُ في مِثلِها غالِبًا[٦] - وهو ما زاد على ثلاثمائةِ

وأن يكون السِّباق ممَّا يصحُّ بذل العوض فيه. [انظر: المصادر السَّابقة، حاشية ابن عابدين ٦/ ٤٠٣، منح الجليل ١/ ٧٧٢، مواهب الجليل ٣/ ٣٩٢، كشَّاف القناع ٤/ ٤٠].

(١) المناضلة: من النَّضل، وهو المباراة في الرَّمي. [انظر: المصباح ٢/ ٦١٠].

(٢) أي: مهارتهم في الرَّمي.

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة؛ لأنَّ الإصابة تختلف باختلاف نوعها.

وفي وجهٍ عند الحنابلة: لا يشترط؛ لأنَّ النَّوعين من جنسٍ واحدٍ يتقاربان، فيعرف حذقهما. [انظر: المجموع ١٤/ ٥٣، الكافي ٢/ ٣٤٣، الفروسيَّة: ص ٨١].

(٤) لأنَّ الغرض معرفة الأسبق، ولا يحصل إلَّا بالتَّساوي.

(٥) لأنَّ الإصابة تختلف بالقرب والبعد، ويعرف ذلك بالمشاهدة، أو الذَّرع.

وفي الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/ ١٧: (فائدةٌ: لا يصحُّ تناضلهما على أنَّ السَّبق لأبعدهما رميًا على الصَّحيح من المذهب، زاد في التَّرغيب: من غير تقديرٍ، وقيل: يصحُّ، اختاره الشَّيخ تقيُّ الدِّين، قاله في الفائق، وهو المعمول به عند الرُّماة الآن في أماكن كثيرةٍ).

(٦) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، لما علَّل به المؤلِّف.

ذراعٍ -؛ لم تصحَّ؛ لأنَّ الغرضَ يَفوتُ بذلك، ذَكَره في الشَّرحِ[1] وغيرِه.

(وَهِيَ)، أي: المسابقةُ (جُعَالَةٌ، لِكُلِّ وَاحِدٍ) مِنهما (فَسْخُهَا)؛ لأنَّها عَقْدٌ على ما لا تَتحقَّقُ القدرةُ على تَسليمِه، إلا أن يَظهَرَ الفضلُ لأحدِهما، فله

وفي وجهٍ للشَّافعيَّة: عدم الاشتراط؛ لأنَّه قد يصيب مثلهما في مثله. [انظر: المجموع ١٤/ ٨٥، المغني ٨/ ٦٦٣].

(١) الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/ ١٨: (وتحديد ثلاثمائة ذراعٍ بناءً على الآلة في عهدهم رحمهم الله، وفي عصرنا يختلف).

ويشترط أيضًا:

أن تكون المناضلة ممَّن يحسن الرَّمي؛ لأنَّ الغرض معرفة الأحذق، ومن لا حذق له وجوده كعدمه.

أن يكون الرُّماة أكثر من واحدٍ؛ لأنَّ المقصود معرفة الحذق، ولا يبين بأقلَّ من اثنين، فإن قال رجلٌ لآخر: ارم عشرةً فإن أصبت منها خمسًا؛ فلك درهمٌ، فهذه جِعالةٌ لا سبقٌ.

وإن قال: ارم عشرةً فإن كان صوابك أكثر من خطئك؛ فلك درهمٌ، وإلَّا فلي درهمٌ، لم يجز.

أن يبتدئ أحدهما بالرَّمي؛ لأنَّهما لو رميا معًا أفضى إلى الاختلاف والتَّنازع.

أن يكون عدد الرِّشق معلومًا، والرِّشق هو ما يرمى.

أن يكون الغرض معلومًا بالمشاهدة أو التَّقدير.

أن يكون عدد الإصابة معلومًا، فيقولان مثلًا: الرشق عشرون، والإصابة خمسٌ.

أن تكون المسابقة في الإصابة، فلا يصحُّ أن يكون السَّبق للأبعد رميًا؛ لأنَّ الغرض من الرَّمي الإصابة لا بعد المسافة.

الفسخُ دونَ صاحبِهِ[١].

---

(١) باتِّفاق العلماء على أنَّه إذا كان عقد السَّبق بغير عوضٍ فهو من العقود الجائزة؛ لأنَّه لا ضرر على أحدٍ من المتسابقين في الفسخ.

لكن اختلف العلماء فيما إذا كان بعوضٍ: فالمذهب، ومذهب الحنفيَّة: أنَّه عقدٌ جائزٌ؛ لأنَّ المسابقة عقدٌ على ما لا تتحقَّق القدرة على تسليمه، فكان جائزًا كالجعالة.

وعند المالكيَّة، وقولٌ عند الشَّافعيَّة: أنَّه عقدٌ لازمٌ؛ لأنَّ من شرط العقد أن يكون العوض والمعوَّض معلومين، فكان لازمًا كالإجارة. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٥/ ٣٢٤، مواهب الجليل ٣/ ٣٩٠، نهاية المحتاج ٨/ ٢٨، المغني ٨/ ٦٥٤، شرح المنتهى ٢/ ٣٨٧، أحكام المسابقات ١٦٥].

قال ابن القيِّم في كتابه «الفروسيَّة» ص ٣٤٣: (فإن قيل: هل العقد في المسابقات من باب الإجارات، أو من باب الجعالات، أو من باب المشاركات، أو من باب النُّذور، أو من باب العِدَات، أو عقدٌ مستقلٌّ بنفسه؟ فالجواب: أنَّه عقدٌ مستقلٌّ بنفسه قائمٌ برأسه...

فأمَّا بطلان كونه من عقود الإجارات فمن وجوهٍ:

أحدها: أنَّه عقدٌ جائزٌ لكلٍّ منهما فسخه قبل الشُّروع في العمل بخلاف الإجارة.

الثَّاني: أنَّ العمل في الإجارة لا بدَّ أن يكون معلومًا مقدورًا للأجير، والسَّبق هنا غير معلومٍ له ولا مقدورٍ...

والَّذي يدلُّ على بطلان كونه من باب الجعالات وجوهٌ:

أحدها: أنَّ العامل فيه لا يجعل فيه جعلًا لمن يغلبه ويقهره، وإنَّما يبذل ماله فيما يعود نفعه إليه...

الثَّاني: أنَّ الجعالة يجوز أن يكون العمل فيها مجهولًا بخلاف عقد السِّباق...

(وَتَصِحُّ الْمُنَاضَلَةُ)، أي: المسابقةُ بالرمي، مِن النَّضْلِ، وهو: السَّهمُ التَّامُّ، (عَلَى مُعَيَّنِينَ)، سواءٌ كانا اثنين أو جَماعتين؛ لأنَّ القصدَ معرفةُ الحِذقِ كما تقدَّم[1]، (يُحْسِنُونَ الرَّمْيَ)؛ لأنَّ مَن لا يحسِنُهُ وجودُهُ كعدمِهِ[2].

ويُشترَطُ لها أيضًا تَعيينُ عددِ الرَّمي[3] والإصابةِ[4]، ومعرفةُ قَدْرِ الغرضِ[5]: طولِه، وعرضِه، وسَمكِه، وارتفاعِه مِن الأرضِ[6].

والَّذي يبطل كونه من باب النُّذور وجوهٌ:

أحدها: أنَّ النَّاذر قد التزم إخراج ما عيَّنه إن حصل له مقصوده، والمسابق إنَّما يلزمه إخراج ماله إذا حصل ضدُّ مقصوده.

الثَّاني: أنَّ النَّاذر ملتزمٌ إخراج ما نذره إلى غير الغالب له، والمسابق إنَّما التزم إخراجه لمن غلبه...

والَّذي يبطل كونه من باب العِدَات والتَّبرُّعات: القصد والحقيقة، والاسم...

أمَّا القصد فالمراهن ليس غرضه التَّبرُّع، وأمَّا الحقيقة فإنَّ التَّبرُّع والهبة لا تكون على عملٍ... والاسم فإنَّ اسم الرِّهان والسَّبق غير اسم الهبة...).

(١) أنَّه لا تعرف مهارتهم إلَّا بالتَّعيين.

(٢) هذا أحد الشُّروط الأربعة، وهي زيادةٌ على الشُّروط المتقدِّمة.

(٣) لئلَّا يؤدِّي إلى الاختلاف، فقد يريد أحدهما القطع ويريد أحدهما الزِّيادة إلَّا في رمي المبادرة، فقال ابن القيِّم وغيره: (لا بشرطٍ؛ لأنَّه إذا قال: أيُّنا بدر إلى خمس إصاباتٍ فهو السَّابق فمتى بدر لها أحدهما تعيَّن سبقه).

(٤) بأن يقول: عشرون والإصابة خمسةٌ، ونحوه، ويشترط استواؤهما في عدده، وعدد الإصابة، وصفتها، وسائر أحوال الرَّمي.

(٥) ما ينصب في الهدف من خشبٍ أو غيره؛ لأنَّه يقصده.

(٦) لاختلاف الإصابة باختلافه.

والسنَّةُ أنْ يكونَ لهما غَرَضانِ(١)، إذا بَدأ أحدُهُما بغرضٍ بَدأ الآخَرُ بالثاني(٢)؛ لفعلِ الصحابةِ ﷺ(٣)(٤).

(١) ويرميان كلاهما إلى أحدهما، ثمَّ يرميان إلى الآخر. [انظر: الفروسيَّة لابن القيِّم ص ٣٩٨].

وإن جعلا غرضًا واحدًا جاز؛ لأنَّ المقصود يحصل به.

(٢) تعديلًا بينهما، وهكذا حتَّى يقضيا رميهما، وإن رميا سهمين سهمين فحسنٌ، وإن شرطا أن يرمي أحدهما عددًا، ثمَّ الآخر مثله جاز، وإن تشاحَّا في البادئ أقرع.

(٣) من ذلك: ما رواه مسلم (١٩١٩) عن عبد الرحمن بن شُمَاسةَ، أن فُقَيمًا اللَّخْمي، قال لعقبة بن عامر: تختلف بين هذين الغرضين وأنت كبير يشق عليك، قال عقبة: لولا كلام سمعته من رسول الله ﷺ لم أعانيه، قال الحارث [بن يعقوب]: فقلت لابن شماسة: وما ذاك؟ قال: إنه قال: «مَنْ عَلِمَ الرميَ، ثم تركه، فليس منا».

ومن ذلك: ما رواه ابن أبي شيبة (٢٦٣٢٦) من طريق الأوزاعي، عن بلال بن سعد، قال: «أدركتهم يشتدون بين الأغراض، ويضحك بعضهم إلى بعض، فإذا كان الليل كانوا رهبانًا»، وإسناده صحيح، وبلال روى عن جماعة من الصحابة. [انظر: تهذيب التهذيب ١/ ٥٠٣].

وروى أيضًا (٢٦٣٢٧) من طريق الأعمش، عن إبراهيم التيمي، عن أبيه، قال: «رأيت حذيفة يشتد بين الهدفين»، ورجاله ثقات.

وروى أيضًا (٣٣٥٦٤) من طريق الأعمش، عن مجاهد قال: رأيت ابن عمر يشتد بين الهدفين في قميص ويقول: «أنا بها، أنا بها»، يعني إذا أصاب، ثم يرجع متكئًا قوسه حتى يمر في السوق. ورجاله ثقات.

(٤) ويكره للأمير والشُّهود وغيرهم ممَّن حضر مدحُ أحدهما أو المصيب، وعيب المخطئ؛ لما فيه من كسر قلب صاحبه. [انظر: الإقناع مع شرحه ٤/ ٦٠].

(بَابُ العَارِيَّةِ)(١)

بتخفيفِ الياءِ وتشديدِها: مِن العُرْي، وهو التَّجَرُّدُ، سُمِّيت عاريّةً؛ لتجرُّدِها عن العِوضِ.

---

(١) العارية: بتشديد الياء وتخفيفها اسمٌ لما يعار.

قيل: مشتقَّة من عار إذا ذهب وجاء، ومنه قيل للبطَّال: عيَّارٌ؛ لتردُّده في بطالته.

وقيل: مشتقَّة من التَّعاوُر، وهو التَّناوُب.

وقيل: مشتقَّة من العُرْي وهو التَّجرُّد.

والإعارة مصدر أعار، والاسم منه العارية، وتطلق على الفعل، وعلى الشَّيء المعار، والاستعارة طلب العارية. [انظر: الصِّحاح ٢/ ٧٦١، تهذيب اللُّغة ٣/ ١٦٤، مختار الصِّحاح ص٤٦١، المصباح المنير ٢/ ٥٣٣].

وفي الاصطلاح عرِّفت بتعريفاتٍ:

فمن تعريفات الحنفيَّة: تمليك المنافع بلا عوضٍ.

ومن تعريفات المالكيَّة: تمليك منفعةٍ مؤقَّتةٍ بلا عوضٍ.

ومن تعريفات الشَّافعيَّة: إباحة الانتفاع بالشَّيء مع بقاء عينه.

ومن تعريفات الحنابلة: إباحة نفع عينٍ بغير عوضٍ. [انظر: المبسوط ١١/ ١٣٣، مواهب الجليل ٥/ ٢٦٨، فتح الوهَّاب ١/ ٢٢٨، الإقناع ٢/ ٣٣١].

ومشروعيَّتها بالكتاب كما في قوله تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لِّلْمُصَلِّينَ ۝٤ ٱلَّذِينَ هُمْ عَن صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ ۝٥ ٱلَّذِينَ هُمْ يُرَآءُونَ ۝٦ وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ۝٧﴾.

وقد روى أبو داود (١٦٥٦) عن عبد الله بن مسعودٍ، أنَّه قال: «كنَّا نعدُّ الماعون على عهد رسول الله ﷺ عاريَّةَ الدَّلو والقِدْر» إسناده حسنٌ، وعن ابن عبَّاسٍ ﷺ: «منع العوارِيّ». [انظر: تفسير الطَّبريِّ ٣٠/ ٢٠٦].

و(هِيَ إِبَاحَةُ[١] نَفْعِ[٢] عَيْنٍ) يحلُّ الانتفاعُ بها، (تَبْقَى بَعْدَ اسْتِيفَائِهِ) لِيَرُدَّها على مالِكِها[٣].

ومن السُّنَّة: ما رواه أنسٌ ﷺ قال: «كان فزعٌ بالمدينة، فاستعار النَّبيُّ ﷺ فرسًا من أبي طلحة يقال: المندوب، فركبه، فلما رجع قال: ما رأينا من شيءٍ، وإنَّ وجدناه لبحرًا»، رواه البخاريُّ.

والإجماع كما في المجموع ١٣/ ٢٤٥.

(١) فالمذهب، ومذهب الشَّافعيَّة، وبه قال ابن حزمٍ: العارية إباحة نفعٍ فقط.

استدلُّوا: بأنَّ الإجماع انعقد على جواز عقد العارية من غير أجلٍ، ولو كانت تفيد التَّمليك لما جازت من غير أجلٍ كالإجارة.

ولأنَّ المستعير لا يملك إجارة العارية، ولو ثبت الملك له في المنفعة لملك ذلك كالمستأجر.

وعند الحنفيَّة والمالكيَّة: أنَّ منافع العارية مملوكةٌ للمستعير؛ لأنَّ المعير سلَّط المستعير على تحصيل المنافع، وصرفها إلى نفسه على وجهٍ زالت يده عنها، وهي تمليكٌ.

ونوقش: بعدم التَّسليم، بدليل أنَّ المعير يملك استرداد العارية في أيِّ وقتٍ بما لا يترتَّب عليه ضررٌ. [انظر: المبسوط ١١/ ١٣٣، الهداية ٣/ ٢٢٠، الفروق ١/ ١٨٧، شرح الخرشيِّ ٦/ ١٢٠، فتح الوهَّاب ١/ ٢٢٨، فتح الجواد ١/ ٥٤٢، المقنع ص ١٤٤، الإنصاف ٦/ ١٠١].

(٢) الإباحة: رفع الحرج عن تناول ما ليس مملوكًا له. [انظر: كشَّاف القناع ٤/ ٦٢].

(٣) أي تبقى العين بعد استيفاء النَّفع الحاصل بها كالدُّور، والثِّياب، والكتب، وغير ذلك.

وخرج ما لا ينتفع به إلَّا مع تلف عينه كالأطعمة والأشربة، وإن أعطاها

وتَنعقِدُ بكلِّ لفظٍ أو فعلٍ يَدلُّ عليها(١).

ويُشترَطُ أهليَّةُ المُعِيرِ للتبرُّعِ شَرعًا، وأهليَّةُ مُستعيرٍ للتبرُّعِ له(٢).

بلفظ الإعارة احتمل أن يكون إباحة عينٍ على وجه الإتلاف، قاله ابن عقيلٍ. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) وهو المذهب، وقول جمهور أهل العلم، في كشَّاف القناع ٤/ ٦٢: (وتنعقد بكلِّ قولٍ أو فعلٍ يدلُّ عليها كقوله: أعرتك هذا الشَّيء، أو أبحتك الانتفاع به، أو يقول المستعير: أعِرْني هذا فيسلِّمه إليه، وكدفعه الدَّابَّة لرفيقه عند تعبه، وتغطيته بكسائه إذا رآه بَرَدَ).

وذهب الشَّافعيَّة في الأصحِّ إلى أنَّه يشترط اللَّفظ في الصِّيغة من النَّاطق، ويكفي اللَّفظ من أحدهما والفعل من الآخر، وتقدَّم في البيع انعقاد العقد بالصِّيغة الفعليَّة.

فرعٌ: أركان العاريّة أربعةٌ: الصِّيغة: (الإيجاب والقبول)، والمعير، والمستعير، والعين المعارة، وهذا مذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة، والحنابلة.

وذهب الحنفيَّة إلى أنَّ ركن العارية هو الإيجاب من المعير، وأمَّا القبول من المستعير فليس بركنٍ استحسانًا، والقياس أن يكون ركنًا، وهو قول زفر. [انظر: المعاملات الماليَّة ٢٠/ ٤٢٣].

(٢) يشترط لصحَّة العاريّة شروطٌ:

الأوَّل: أهليَّة المعير للتَّبرُّع بالعارية بأن يكون بالغًا، عاقلًا، حرًّا، رشيدًا فلا تصحُّ من صغيرٍ، ولا مجنونٍ، ولا سفيهٍ، ولا مفلسٍ، وقنٍّ، ووليِّ يتيمٍ من مال اليتيم، ولا من مكاتبٍ، ولا ناظر وقفٍ.

ومذهب الحنفيَّة تصحُّ الإعارة من الصَّبيِّ المأذون له في التِّجارة.

قال الكاسانيُّ: (وأمَّا البلوغ فليس بشرطٍ عندنا حتَّى تصحَّ الإعارة من الصَّبيِّ المأذون؛ لأنَّها من توابع التِّجارة، وأنَّه يملك التِّجارة، فيملك ما هو من توابعها).

. . . .

وعند المالكيَّة والحنابلة والشَّافعيَّة: إعارة الصَّبيِّ المميِّز لا تصحُّ وإن كان مأذونًا له؛ لأنَّ الإعارة تصرُّف لا يقابله عوضٌ، فالمحجور عليه ممنوعٌ منه؛ لأنَّه ضررٌ محضٌ، ووليُّه لا يملك التَّبرُّع من مال المحجور عليه.

لكن تصحَّ إعارة الصَّغير في الأمور اليسيرة عرفًا.

الثَّاني: أهليَّة المستعير للتَّبرُّع، بأن يصحَّ قبولها هبةً لشبه الإباحة بالهبة، قال النَّوويُّ في روضة الطَّالبين ٤/ ٤٢٦: (المستعير: ويشترط فيه كونه أهلًا للتَّبرُّع عليه، فلا تصحُّ الإعارة للصَّبيِّ كما لا يوهب له).

وجاء في الفروع ٤/ ٤٦٩: (يعتبر كون المعير أهلًا للتَّبرُّع شرعًا، وأهليَّة المستعير للتَّبرُّع له).

الثَّالث: أن تكون العين مباحة النَّفع.

الرَّابع: أن تبقى العين بعد استيفاء النَّفع، وتقدَّم.

الخامس: أن يكون المعير مالكًا أو مأذونًا له بالإعارة.

فرعٌ: إعارة الفضوليِّ فيها خلاف كالخلاف في بيع الفضوليِّ عند أكثر العلماء، خلافًا للمالكيَّة الَّذين فرَّقوا بين بيع الفضوليِّ وبين تبرُّعه كهبته وإعارته، ووقفه ونحو ذلك، وتقدَّم في البيع.

السَّادس: أن يكون المعير مختارًا؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾، وقال ابن القيِّم في إعلام الموقِّعين ٣/ ٧٩: (من تدبَّر مصادر الشَّرع وموارده تبيَّن له أنَّ الشَّارع ألغى الألفاظ الَّتي لم يقصد المتكلِّم بها معانيها، بل جرت على غير قصدٍ منه كالنَّائم، والنَّاسي، والسَّكران، والجاهل، والمكرَه، والمخطئ).

السَّابع: يشترط في العين المعارة أن يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، كإعارة الثَّوب للُّبس، والسِّكِّين للذَّبح، ونحو ذلك، وأمَّا إعارة الطَّعام فلا يصحُّ

وهي مستحبةٌ[١]؛ لقولِه تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢].

(وَتُبَاحُ إِعَارَةُ كُلِّ ذِي نَفْعٍ مُبَاحٍ)[٢]؛ كالدَّارِ، والعَبْدِ، والدَّابةِ، والثَّوبِ،

أن يكون بذله من باب الإعارة؛ ذلك أنَّ منفعته في أكله، فلا تبقى عينه، فإذا قال: أعرتك هذا الطَّعام كان ذلك كنايةً عن قرضه؛ لأنَّه يأكله ويردُّ بدله، وهذا حقيقة القرض.

* إعارة الدَّراهم إن كان ذلك للتَّزيُّن فهو إعارةٌ حقيقيَّةٌ، وإن كان للاستهلاك فهي كنايةٌ عن القرض. [انظر: المعاملات الماليَّة: أصالةٌ ومعاصرةٌ ٢٠/ ٤٩٤].

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما استدلَّ به المؤلِّف؛ ولأنَّه ليس في المال حقٌّ سوى الزَّكاة، ولحديث طلحة بن عبيد الله ﵁ قال: «جاء رجلٌ إلى رسول الله ﷺ من أهل نجدٍ... وفيه ذكر الزَّكاة فقال: هل عليَّ غيرها؟ قال: لا إلَّا أن تطوَّع...»، متَّفقٌ عليه. [انظر: كتاب الزَّكاة].

وعند شيخ الإسلام: تجب العاريّة مع غَناء المالك، وهو أحد القولين في مذهب أحمد، وقولٌ عند الحنفيَّة، لما تقدَّم من الآية في أوَّل الباب، ولما روى أبو هريرة ﵁ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «ما من صاحب إبلٍ لا يؤدِّي حقَّها... قيل: يا رسول الله وما حقها؟ قال: إعارة دلوها، وإطراق فحلها، ومنحة لبنها يوم وردها» رواه مسلمٌ.

وفي الشَّرح الصَّغير للدَّردير ٣/ ٥٧٠: (وقد يعرض لها الوجوب لغنيٍّ عنها فيجب إعارة كلِّ ما فيه إحياء مهجةٍ محترمةٍ لا أجرة لمثله، وكذا إعارة سكِّينٍ لذبح مأكولٍ يخشى موته)، وخرج ابن عقيلٍ: وجوب إعارة كتب العلم للمحتاج من القضاة وأهل الفتوى. [انظر: الاختيار ٢/ ٥٥، حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٤٣٣، نهاية المحتاج ٥/ ١١٧، المبدع ٥/ ١٣٧].

(٢) غير محرَّمٍ، لما تقدَّم من الأدلَّة، ولأنَّ ما جاز للمالك استيفاؤه من المنافع ملك إباحته إذا لم يمنع منه مانعٌ.

ونحوِها، (إِلَّا البُضْعَ)[١]؛ لأنَّ الوطءَ لا يجوزُ إلا في نكاحٍ أو مِلكِ يمينٍ، وكلاهُما مُنتفٍ.

(وَ) إلا (عَبْدًا مُسْلِمًا لِكَافِرٍ)[٢]؛ لأنَّه لا يجوزُ له استخدامُه[٣].

(وَ) إلا (صَيْدًا وَنَحْوَهُ)؛ كَمَخِيطٍ (لِمُحْرِمٍ)[٤]؛ لقولِه تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢].

(وَ) إلا (أَمَةً شَابَّةً لِغَيْرِ امْرَأَةٍ أَوْ مَحْرَمٍ)؛ لأنَّه لا يؤمنُ عليها، ومحَلُّ ذلك إنْ خُشِيَ المُحَرَّمُ، وإلا كُرِهَ فقط[٥]، ....

---

(١) بضمِّ الباء يعني الفرج، فلا يعار للاستمتاع به؛ لأنَّه لا يستباح بالبذل، ولا بالإباحة بالإجماع؛ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۝ فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ۝﴾.

(٢) يعني للخدمة، قاله الحارثيُّ، وهذا هو الصَّحيح من المذهب، ومذهب المالكيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند الشَّافعيَّة: تكره إعارة العبد المسلم لكافرٍ.

وعن الإمام أحمد، وهو قولٌ عند المالكيَّة: يجوز. [انظر: الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٥/ ٦٨].

(٣) كما تحرم إجارته للخدمة، فإن أعاره أو أَجَرَه لعملٍ في الذِّمَّة غير الخدمة صحَّتا.

(٤) فالصَّيد لا تباح إعارته لمحرمٍ؛ لأنَّ إمساكه محرَّمٌ عليه، وكذا المخيط للمحرم؛ لأنَّه يحرم عليه استعماله، وغير ذلك؛ لما في ذلك من التَّعاون على الإثم والعدوان.

(٥) مع أمن الوقوع في المحرَّم بشرط: ألَّا يخلو بها، ولا ينظر إليها. [انظر: المغنى ٧/ ٣٤٧].

ولا بأس بشوهاءَ(١) وكبيرةٍ لا تُشتَهَى(٢)، ولا بإعارتِها لامرأةٍ أو ذي محرمٍ؛ لأنَّه مأمونٌ عليها(٣).

وللمُعِيرِ الرُّجوعُ متى شاء(٤)، ما لم يَأذنْ في شَغْلِهِ بشيءٍ يَستضِرُّ المستعيرُ

---

(١) قبيحة المنظر.

(٢) أي: لا بأس بإعارة امرأةٍ شوهاء وكبيرةٍ للخدمة لرجلٍ؛ لأنَّه مأمونٌ عليها. بالشَّرط السَّابق.

(٣) أي: عندهما فجازت إعارتها لهما.

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفيَّة والشَّافعيَّة: أنَّ للمعير أن يرجع في إعارته متى شاء سواءٌ أكانت الإعارة مطلقةً أم مقيَّدةً بعملٍ أو وقتٍ؛ لأنَّ المنافع المستقبلة لم تحصل في يده، فلم يملكها بالإعارة كما لو لم تحصل العين في يده؛ ولأنَّ المنافع إنَّما تستوفى شيئًا فشيئًا، فكلَّما استوفى منفعةً فقد قبضها، والَّذي لم يستوفه لم يقبضه فجاز الرُّجوع فيه، كالهبة قبل القبض.

وعند الحنفيَّة والشَّافعيَّة والحنابلة: متى تضمَّن الرُّجوع ضررًا بالمستعير لم يجز له الرُّجوع، إلَّا أنَّ الحنفيَّة والشَّافعيَّة قالوا: له أجرة المثل.

وعند المالكيَّة: أنَّ الإعارة إذا قيِّدت بعملٍ أو أجلٍ لزمت، ولا يجوز الرُّجوع قبل انتهاء العمل أو الأجل، وإن أطلقت جاز الرُّجوع؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾، وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِأَمَٰنَٰتِهِمۡ وَعَهۡدِهِمۡ رَٰعُونَ ٨﴾، ولحديث أبي هريرة ﷺ مرفوعًا: «المسلمون على شروطهم»، أخرجه البخاريُّ معلَّقًا بصيغة الجزم.

والأقرب: أنَّ عقد العاريّة عقدٌ جائزٌ إلَّا أنَّه إذا تضمَّن فسخ العقد الجائز ضررًا فإنَّه يلزم، ولا أجرة للمعير. [انظر: حاشية ابن عابدين ٤/ ٧٦٧، الشَّرح الصَّغير ٣/ ٥٧٢، نهاية المحتاج ٥/ ١٢٠، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/ ٧٠].

برجوعِهِ فيه[١]؛ كسفينةٍ لحَمْلِ متاعِهِ؛ فليس له الرجوعُ ما دامت في لجَّةِ البحرِ[٢].

وإن أعاره حائطًا ليَضعَ عليه أطرافَ خَشَبِهِ؛ لم يَرجِعْ ما دام عليه[٣].

(وَلَا أُجْرَةَ لِمَنْ أَعَارَ حَائِطًا) ثم رَجَع **(حَتَّى يَسْقُطَ)**[٤]؛ لأنَّ بقاءَه بحُكمِ العاريّةِ، فَوَجَب كونُه بلا أجرةٍ[٥]، بخلافِ مَن أعار أرضًا لزرعٍ ثم رَجَع[٦]، فَيُبَقَّى الزرعُ بأجرةِ المثلِ لحصادِهِ؛ جَمعًا بينَ الحَقَّين[٧].

---

(١) استثنى الحنابلة ما إذا كان الرُّجوع يترتَّب عليه ضرر المستعير كما مثَّل المصنِّف.

(٢) حتَّى ترسو لما فيه من الضَّرر، فإذا رست جاز الرُّجوع لانتفاء الضَّرر، وله الرُّجوع قبل دخولها البحر على المذهب؛ لعدم الضَّرر.

وإن أعاره أرضًا للدَّفن لم يرجع حتَّى يبلى الميت ويصير رميمًا، وله الرُّجوع قبل الدَّفن. [انظر: كشَّاف القناع ٤/ ٦٥].

(٣) للضَّرر بهدم البناء، وله الرُّجوع على المذهب قبل الوضع وبعده ما لم يبن عليه؛ لانتفاء الضَّرر. [انظر: المصدر السَّابق].

(٤) وكذا لا أجرة للمعير أيضًا في سفينةٍ في لجَّةِ البحر، ولا في أرضٍ أعارها للدَّفن حتَّى ترسو السَّفينة ويبلى الميت. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/ ٧٢].

(٥) ولأنَّه لا يملك الرُّجوع في عين المنفعة المذكورة؛ لإضراره بالمستعير، وتقدَّم قول المالكيَّة: إنَّ العارية المقيَّدة بزمنٍ أو عملٍ لازمةٌ.

(٦) قبل كمال الزَّرع.

(٧) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفيَّة، فتجب أجرة المثل من حين الرُّجوع إلى حصاد الزَّرع؛ لأنَّ الأصل جواز الرُّجوع، وإنَّما منع القلع لما فيه من الضَّرر، ففي دفع الأجر جمع بين الحقَّين.

. . . .

قال الحنابلة: إن كان الزَّرع ممَّا يحصد قصيلًا كالبرسيم فله الرُّجوع في وقت إمكان حصاده.

والوجه الثَّاني: لا تجب الأجرة في شيءٍ من المواضع؛ لأنَّ حكم العاريّة باقٍ فيه؛ لكونها صارت لازمةً للضَّرر اللَّاحق بفسخها، والإعارة تقتضي الانتفاع بغير عوضٍ، واختار هذا المجد، وصحَّحه النَّاظم والحارثيُّ. [انظر: المصدر السَّابق].

وعند الشَّافعيَّة في أصحِّ الوجهين: ليس له الرُّجوع في الإعارة المطلقة إن نقص الزَّرع بالقلع؛ لأنَّه محترمٌ، وله أمدٌ ينتهي إليه، ويبقى بأجرة المثل، وإن لم ينقص بالقلع لزمه قلعه.

وعند المالكيَّة: الإعارة إن قيِّدت بعملٍ كزراعة أرضٍ بطنًا فأكثر ممَّا لا يخلف كقمحٍ، أو ممَّا يخلف كقصبٍ فإنَّها تكون لازمةً إلى انقضاء ذلك العمل أو الأجل، ولا يجوز له الرُّجوع قبل انتهاء العمل أو الأجل مطلقًا.

وإن كانت الإعارة مطلقةً لم تقيَّد بعملٍ أو أجلٍ، فلا تلزم، ولربِّها أخذها متى شاء، ولا يلزم قدر ما تراد لمثله عادةً، والأقرب أنَّها لازمةٌ بلا أجرةٍ؛ لما تقدَّم من لزوم العارية المقيَّدة.

* في إعارة الأرض للبناء والغرس:

ذهب الحنابلة إلى أنَّ المعير إذا أعار الأرض للغرس أو للبناء، فإنْ شرط المعير على المستعير القلع في وقتٍ بعينه، أو شرط القلع متى رجع عن عاريّته، لزم المستعير قلع ما غرسه وهدم ما بناه عند الوقت الَّذي عيَّنه، أو عند رجوع المعير، ولم يلزم ربَّ الأرض نقص الغراس والبناء، ولا يلزم المستعير تسوية الأرض إلَّا بشرطٍ؛ لأنَّ المستعير قد دخل في العارية راضيًا بالتزام الضَّرر الَّذي دخل عليه، وقد شرط عليه القلع، والمؤمنون عند شروطهم.

(وَلَا يُرَدُّ) الخشبُ (إِنْ سَقَطَ) الحائِطُ لهدمٍ أو غيرِه[(١)]؛ لأنَّ الإذنَ تناوَلَ الأَوَّلَ، فلا يَتعدَّاه لغيرِه، (إِلَّا بِإِذْنِهِ)، أي: إذْنِ صاحِبِ الحائِطِ، أو عندَ الضرورةِ إلى وَضعِه إذا لم يَتضرَّر الحائطُ، كما تقدَّم في الصلحِ[(٢)].

(وَتُضْمَنُ العَارِيَّةُ)[(٣)] المقبوضةُ إذا تَلِفت في غيرِ ما استُعِيرَت له؛ ......

وإن لم يشترط المعير على المستعير القلع لم يلزم المستعير القلع إلَّا أن يضمن له المعير النَّقص، ولو قلع المستعير غرسه وهدم بناءه باختياره لزمه تسوية الحفر؛ لأنَّها حصلت بفعله لتخليص ماله من ملك غيره من غير إلجاءٍ.

ذهب الحنفيَّة إلى التَّفصيل: إن كانت الإعارة مطلقةً فله أن يرجع فيها متى شاء، ويكلَّف المستعير بتفريغ الأرض من البناء والغرس، ولا يضمن المعير شيئًا.

وإن كانت العارية مؤقَّتةً بأجلٍ معيَّنٍ ثمَّ أخرجه قبل الوقت فهو ضامنٌ للمستعير قيمة بنائه وغرسه.

ومذهب المالكيَّة: كما تقدَّم في إعارة الأرض للزَّرع. [انظر: المعاملات الماليَّة ٢٠/ ٥١٣].

(١) كأن زال الخشب، والحائط بحاله، وهذا هو المذهب؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وقال القاضي وابن قدامة: له إعادته إلى الحائط؛ لأنَّ البيت مستمرٌّ فكان الاستحقاق مستمرًّا. [انظر: المصدر السَّابق].

(٢) [انظر: ٦/ ٤٨٦].

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة، سواء تعدَّى أو لم يتعدَّ: أنَّ العارية مضمونةٌ؛ لما استدلَّ به المؤلِّف، ولقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾، والأمر بتأديتها يلزم منه ردُّ عينها إن كانت باقيةً، أو ضمانها ببدلها إن كانت تالفةً.

. . . .

ونوقش: بأنَّ الأمر بتأدية الأمانة لا يستلزم منه ضمانها إذا تلفت.

ولحديث صفوان بن أميَّة أنَّ رسول الله ﷺ: «استعار منه أدرعًا يوم حنينٍ، فقال: أغصبٌ يا محمَّد؟ فقال: لا، بل عاريّةٌ مضمونةٌ»، رواه أحمد، وأبو داود، والحاكم، والبيهقيُّ، والدَّارقطنيُّ، وضعَّفه ابن حزمٍ في المحلَّى ٩/ ١٧١.

وأجاب عنه ابن القيِّم: بأنَّ المراد ضمان الرَّدِّ، لا ضمان التَّلف لأمورٍ ثلاثةٍ:

الأوَّل: أنَّه جاء في بعض ألفاظ الحديث: «بل عاريّةٌ مؤدَّاةٌ»، رواه الحاكم وصحَّحه على شرط مسلمٍ، والبيهقيُّ.

الثَّاني: أنَّ صفوان رضي الله عنه لم يسأل عن التَّلف، وإنَّما سأله هل تأخذها منِّي غصبًا تحول بيني وبينها؟

الثَّالث: أنَّ النَّبيَّ ﷺ جعل الضَّمان صفةً للعاريّة نفسها، ولو كان ضمان تلفٍ لكان لبدلها. [انظر: زاد المعاد ٣/ ٤٨٢].

واستدلُّوا أيضًا: أنَّه جاء في بعض الرِّوايات: «فضاع بعضها - أي: الأدرع - فعرض عليه رسول الله ﷺ أن يضمنها له، فقال: أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب» رواه أحمد، وأبو داود.

قال ابن القيِّم في الهدي ٣/ ٤٨٢: «قيل: هل عرض عليه أمرًا واجبًا، أو أمرًا مستحبًّا الأولى فعله... ولو كان الضَّمان واجبًا لم يعرضه عليه، بل كان يفي له به...».

وعند الحنفيَّة وابن حزمٍ: أنَّ العاريّة أمانةٌ في يد المستعير لا يضمنها إلَّا بتعدٍّ أو تفريطٍ.

ودليل عدم تضمين المستعير: قوله تعالى: ﴿فَلَا عُدْوَٰنَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّٰلِمِينَ﴾، وهذا يشمل المستعير، فلا يضمن إلَّا إذا ظلم وتعدَّى.

ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾، وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ

. . . .

عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ وَيَبْغُونَ فِى ٱلْأَرْضِ بِغَيْرِ ٱلْحَقِّ أُوْلَٰٓئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿٤٢﴾﴾.

ولحديث أبي أمامة الباهليِّ مرفوعًا: «العاريّة مؤدَّاة، والمنحة مردودةٌ، والدَّين مقضيٌّ، والزَّعيم غارمٌ»، رواه أحمد، وأبو داود، والتِّرمذيُّ وحسَّنه، والبيهقيُّ، وغيرهم.

فقوله ﷺ: «مؤدَّاةٌ» يدلُّ على أنَّها أمانةٌ؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾.

ولقول عمر ﷺ: «العاريّة بمنزلة الوديعة، ولا ضمان فيها إلَّا أن يتعدَّى» رواه عبد الرَّزَّاق، وابن حزمٍ، وحسَّنه في إعلاء السُّنن ١٦/ ٥٦.

ولقول عليٍّ ﷺ: «ليست العاريّة مضمونةً، إنَّما هو معروفٌ، إلَّا أن يخالف فيضمن» رواه عبد الرَّزَّاق، وابن أبي شيبة، وابن حزمٍ ٩/ ١٧٣، وصحَّحه.

وعند المالكيَّة: لا يلزم المستعير ضمان ما لا يخفى هلاكه كالحيوان والعقار ونحو ذلك إلَّا بتعدٍّ أو تفريطٍ، ويضمن ما يخفى هلاكه كالحلي والأواني ونحوها، إلَّا إذا قامت البيِّنة على عدم التَّعدِّي أو التَّفريط.

وعلَّلوا: بأنَّ القبض في العارية لمنفعة القابض فجاز أن يتعلَّق به الضَّمان، إذا كان ممَّا يخفى هلاكه كالقرض.

ولأنَّ ما لا يخفى هلاكه منفعته تطوَّع بها المالك، فلم تضمن مع عدم التَّعدِّي، كالعبد الموصى بخدمته. [انظر: المبسوط ١١/ ١٣٤، بدائع الصَّنائع ٦/ ١١٧، الإشراف ٢/ ٣٩، التَّفريع ٢/ ٢٦٩، الأمّ ٣/ ٢٥٠، حلية العلماء ٥/ ١٨٩، مسائل أحمد لابنه صالحٍ ١/ ٤٥٣، المحرَّر ١/ ٣٦٠، الفروع ٤/ ٤٧٤، المحلَّى ٩/ ١٧٤، نيل الأوطار ٣/ ٢٩٧].

وعن الإمام أحمد: تضمن العارية إن شرط المعير الضَّمان وإلَّا فلا، اختار هذه الرِّواية أبو حفصٍ العُكْبُريُّ، وشيخ الإسلام، وصاحب الفائق؛ لحديث:

لقولِه ﷺ: «وَعَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ» رواه الخمسةُ، وصحَّحه الحاكمُ(١)، ورُوي(٢) عن ابنِ عباسٍ(٣)، وأبي هريرةَ(٤)، لكنِ المستعِيرُ مِن

«المسلمون على شروطهم». [انظر: الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٥/ ٩٢].

(١) رواه أحمد (٢٠٠٨٦)، وأبو داود (٣٥٦١)، والترمذي (١٢٦٦)، والنسائي في الكبرى (٥٧٥١)، وابن ماجه (٢٤٠٠)، وابن الجارود (١٠٢٤)، والحاكم (٢٣٠٢)، من طريق الحسن، عن سمرة بن جندب رضي الله عنه. وحسنه الترمذي، وصححه ابن الجارود، وقال الحاكم: (صحيح على شرط البخاري)، ووافقه الذهبي، وقال ابن طاهر في «تخريج أحاديث الشهاب»: إسناده متصل صحيح.

وأعله ابن حزم وابن التركماني والألباني: بعدم سماع الحسن من سمرة كما هو مذهب جماعة من المحدثين؛ كابن معين والنسائي وغيرهما، قال ابن حجر: (والحسن مختلف في سماعه من سمرة)، قال الألباني: (وإذا ضممنا إلى ذلك ما جاء في ترجمة الحسن البصري، وخلاصته ما في التقريب: (ثقة ففيه فاضل مشهور، وكان يرسل كثيرًا، ويدلس)، فينتج من ذلك عدم الاحتجاج بحديث الحسن عن سمرة إذا عنعنه). [انظر: المحلى ٨/ ١٤٤، الجوهر النقي ٦/ ٩٠، البدر المنير ٦/ ٧٥٣، التلخيص الحبير ٣/ ١٢٨، الإرواء ٥/ ٣٤٨].

(٢) أي: في ضمان العاريّة.

(٣) رواه عبد الرزاق (١٤٧٩٢)، وابن أبي شيبة (٢٠٥٥٢)، والبيهقي (١١٤٨٣)، من طرق عن ابن أبي مليكة: «أن ابن عباس كان يضمّن العاريّة»، والأثر صحيح.

(٤) رواه عبد الرزاق (١٤٧٩٢)، وابن أبي شيبة (٢٠٥٦١)، والبيهقي (١١٤٨٥)، من طريق سفيان، عن عمرو بن دينار، عن عبد الرحمن بن السائب، أن رجلًا استعار بعيرًا من رجل فعطب، فأتى به مروان بن الحكم،

المستأجِرِ، أو لكتبِ علمٍ ونحوِها[١] موقوفةٍ؛ لا ضَمان عليه إن لم يُفرِّطْ.

وحيثُ ضَمِنها المستعيرُ ف (بِقِيمَتِهَا يَوْمَ تَلِفَتْ)[٢] إن لم تكُن مِثليةً، وإلا فبِمِثلِها؛ كما تُضمَنُ في الإتلافِ[٣].

(وَلَوْ شَرَطَ نَفْيَ ضَمَانِهَا)؛ لم يَسقُطْ؛ لأنَّ كلَّ عقدٍ اقتضَى الضمانَ لم يُغيِّرْهُ الشرطُ[٤]، وعكسُهُ نحوُ وديعةٍ، لا تَصيرُ مضمونةً بالشرطِ[٥].

فأرسل مروان إلى أبي هريرة فسأله، فقال: «يغرم»، وعبد الرحمن بن السائب قال فيه ابن حجر: (مقبول). [انظر: تقريب التهذيب ص٣٤١].

(١) تقدَّم أنَّ المذهب ضمان العاريّة مطلقًا، لكنَّهم يستثنون أربع مسائل لا ضمان لها:

الأولى: المستعير من المستأجر، إذ الأصل - المستأجر - لا ضمان عليه.

الثَّانية: إذا كانت العاريّة كتب علم موقوفةً، أو أدرعًا موقوفةً على الغزاة لا ضمان على مستعيرها إذا لم يتعدَّ ويفرِّط، ويضمن إذا تعدَّى أو فرَّط.

الثَّالثة: إذا تلفت أجزاؤها بالاستعمال بالمعروف.

الرَّابعة: إذا أركب منقطعًا للثَّواب كما يأتي.

(٢) لأنَّ يوم التَّلف يتحقَّق فيه فوات العاريّة، فوجب اعتبار الضَّمان به إن كانت متقوِّمةً، ولم تكن مثليَّةً.

(٣) أي: إن كانت مثليَّةً فعليه مثلها؛ لأنَّه أقرب من القيمة، وتقدَّم بيان المثليِّ والقيميِّ في باب الغصب.

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعن الإمام أحمد، وبه قال المالكيَّة: أنَّ العاريّة لا تضمن بالشَّرط، واختارها شيخ الإسلام وتقدَّم؛ لحديث أبي هريرة ﷺ مرفوعًا: «المسلمون على شروطهم». [انظر: الفروع ٤/ ٤٧٤، الإنصاف ٦/ ١١٣].

(٥) فكلُّ أمانةٍ نحو وديعةٍ، ورهنٍ، وشركةٍ، ومضاربةٍ وغيرها لا تصير مضمونةً

وإن تَلِفت هي أو أجزاؤها في انتفاعٍ بمعروفٍ؛ لم تُضمَنْ؛ لأنَّ الإذْنَ في الاستعمالِ تَضَمَّن الإذْنَ في الإتلافِ[(١)]، وما أُذِنَ في إتلافِه غيرُ مضمونٍ.

(**وَعَلَيْهِ**)، أي: على المستعيرِ (**مُؤْنَةُ رَدِّهَا**)، أي: ردِّ العاريّةِ[(٢)]؛ لما تقدَّم مِن حديثِ[(٣)]: «**عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ**»[(٤)]، وإذا كانت واجبةَ الرَّدِّ

بشرط الضَّمان؛ لأنَّ مقتضى العقد كونه أمانةً، فإذا شرط ضمانه فقد التزم ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه. [انظر: كشَّاف القناع ٤/ ٧١].

(١) كخمل المنشفة، والقطيفة، وثوبٍ بلي باللُّبس، وكذا إذا تلفت بمرور الزَّمن. [انظر: المصدر السَّابق].

(٢) وهذا هو المذهب، وقول الحنفيَّة، والأظهر عند المالكيَّة والشَّافعيَّة؛ لما استدلَّ به المؤلِّف؛ ولقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾، ولأنَّ الإعارة مكرمةٌ فلو لم تجعل المؤونة على المستعير لامتنع النَّاس، ولقاعدة: كلُّ ما كان مضمون العين فهو مضمون الرَّدِّ.

وفي قواعد ابن رجبٍ، القاعدة ٣٨: (وقيل: مؤنة ردِّها على المالك)، وهو قولٌ عند المالكيَّة؛ قياسًا على النَّفقة باعتبار أنَّ ذلك من حقوق الملك، والأوَّل هو المتعيِّن. [انظر: حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٠٥، الشَّرح الكبير للدَّردير ٤/ ٤٤١، مغني المحتاج ٥/ ١٢٤، نيل المآرب ١/ ١٣٧].

فرعٌ: المذهب، ومذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة: نفقة العاريّة الَّتي بها بقاؤها كالطَّعام على المالك؛ لو كانت النَّفقة على المستعير لتحوَّل العقد من عاريّةٍ إلى كراءٍ.

وعند الحنفيَّة: نفقة العارية على المستعير، سواءٌ كانت مطلقةً أو مقيَّدةً.

(٣) «على اليد ما أخذت حتَّى تؤدِّيه» تقدَّم تخريجه قريبًا.

(٤) وكذا في قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾.

وَجَب أن تكونَ مُؤنةُ الردِّ على مَن وَجَب عليه الرَّدُّ[١].

(لَا المُؤْجَرَةِ)، فلا يجبُ على المستأجِرِ مُؤْنةُ ردِّها؛ لأنَّه لا يَلزَمُه[٢] الرَّدُّ، بل يَرْفَعُ يدَه إذا انقضت المدَّةُ[٣].

ومُؤْنةُ الدَّابَّةِ المُؤْجَرةِ والمُعَارةِ على المالكِ[٤].

وللمستعيرِ استيفاءُ المنفعةِ بنفسِهِ وبوكيلِهِ[٥]؛ لأنَّه نائِبُهُ، (وَلَا يُعِيرُهَا)[٦]،

---

(١) لأنَّه من لازمه، وكمغصوبٍ. [انظر: كشَّاف القناع ٤/ ٧٣].

(٢) وإذا لم يلزمه الرَّدُّ فمؤنتها من باب أولى، ولأنَّ المستأجر قبضها لمصلحته، ومصلحة مالكها، بخلاف المستعير فقبضها لمصلحته هو.

(٣) ويتسلَّمها مالكها، ما لم يكن هناك شرطٌ أو عرفٌ.

(٤) وهذا هو المذهب، والمعتمد عند المالكيَّة، ومذهب الشَّافعيَّة: أنَّ نفقة العاريّة على مالكها؛ لأنَّها لو كانت على المستعير لكان كراءً، وربَّما كان ذلك أكثر من الكراء، فتخرج العاريّة إلى الكراء، ولأنَّ تلك النَّفقة من حقوق الملك.

وعند الحنفيَّة: أنَّ ذلك على المستعير؛ لإنَّ مالك الدَّابَّة فعل معروفًا، فلا يشدَّد عليه. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٥) وفي الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/ ٨٧: (ولا نعلم في هذا خلافًا، ولا خلاف بينهم على أنَّ المستعير لا يملك العين، وأجمعوا على أنَّ للمستعير استعمال المعار فيما أذن له فيه).

(٦) وهذا هو المذهب، وهو قول الشَّافعيَّة: أنَّ المستعير لا يملك إعارة العاريّة إلَّا بإذن صاحبها؛ لما علَّل به المؤلِّف، ولأنَّ النَّاس يتفاوتون في الاستعمال، والمعير لم يرضَ بانتفاع غير المستعير.

وعند الحنفيَّة: يملك الإعارة إلَّا إذا نهاه المعير، أو استعملها المستعير، أو انتهى من العمل الَّذي استعارها له، أو كانت مقيَّدةً، وهي ما يختلف باختلافها المستعمل.

ولا يُؤْجِرُها[(١)]؛ لأنَّها إباحةُ المنفعةِ، فلم يجزْ أن يُبيحَها غيرَه؛ كإباحةِ الطعامِ.

ودليل هذا الرَّأي: ما رواه أنس بن مالكٍ رضي الله عنه قال: «لـمَّا قدم المهاجرون من مكَّة، وليس بأيديهم يعني شيئًا... فقاسمهم الأنصار على أن يُعطوهم ثمار أموالهم كلَّ عامٍ، ويُكْفوهم العمل والمؤنة، وكانت أمُّه - أمُّ أنسٍ - أمَّ سُلَيم كانت أمَّ عبد الله بن أبي طلحة، فكانت أعطت أمُّ أنسٍ رسولَ الله ﷺ عذاقًا - جمع عذقٍ وهي النَّخلة - فأعطاهنَّ النَّبيُّ ﷺ أمَّ أيمن مولاته أمَّ أسامة»، متَّفقٌ عليه، فعذق أمِّ سُلَيمٍ كانت منيحة عاريَّةً للنَّبيِّ ﷺ، فأعارها النَّبيُّ ﷺ أمَّ أيمن.

ونوقش: بعدم التَّسليم، إذ العارية ترد ذاتها، والنَّبيُّ ﷺ أعطى غير ما أخذ، بدليل ما جاء في الحديث: «فأعطى رسول الله ﷺ أمَّ أيمن مكانهنَّ من حائطه» فالنَّبيُّ ﷺ أعطاها من باب المكافأة على فعل المعروف.

وعلَّلوا: بأنَّ المعير قد رضي باستعمال المستعير، لا باستعمال غيره، فلا يملك الإعارة إذا كانت العين تختلف باختلاف المستعمل دفعًا للضَّرر عنه. [انظر: الهداية ٣/ ٢٢١].

وعند المالكيَّة: أنَّ المستعير يملك الإعارة مطلقًا؛ لما تقدَّم من حديث أنسٍ رضي الله عنه. [انظر: المبسوط ١١/ ١٤٠، الهداية ٣/ ٢٢١، التَّفريع ٢/ ٢٦٩، حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٤٣٣، المهذَّب ١/ ٣٧١، حلية العلماء ٥/ ١٩٥، الفروع ٤/ ٤٧٤، المبدع ٥/ ١٦٤].

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما علَّل به المؤلِّف، ولأنَّ الإجارة أعلى من الإعارة لأنَّها لازمةٌ، فلو جاز للمستعير أن يُؤْجِرَ لتضرَّر المُؤْجِر.

وعند المالكيَّة: أنَّ للمستعير أن يُؤْجِرَ العاريّة؛ لأنَّه مالكٌ للانتفاع.

وأجيب عنه: بعدم التَّسليم كما سبق أوَّل الباب. [انظر: المصادر السَّابقة].

(فَإِنْ) أعارَها و(تَلِفَتْ عَنْدَ الثَّانِي؛ اسْتَقَرَّتْ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا) إنْ كانت متقوِّمَةً[١]، سواءٌ كان عالمًا بالحالِ أوْ لا[٢]؛ لأنَّ التلفَ حَصَل في يدِه[٣]، (وَ) استقرَّ (عَلَى مُعِيرِهَا أُجْرَتُهَا)[٤] للمعيرِ الأوَّلِ إن لم يَكُن المستعيرُ الثاني عالمًا بالحالِ[٥]، وإلا استقرَّت عليه أيضًا[٦]، (وَ) للمالِكِ أنْ (يُضَمِّنَ أَيَّهُمَا شَاءَ)؛ مِن المُعيرِ؛ لأنَّه سَلَّط على إتلافِ مالِهِ، أو المستعيرِ؛ لأنَّ التَّلفَ حَصَل تحتَ يدِه[٧].

---

(١) أو مثلها إن كانت مثليَّةً.

(٢) أي: سواءٌ علم المستعير الثَّاني أنَّ للعين مالكًا لم يأذن في إعارتها، أو لم يعلم.

(٣) فعليه قيمتها أو مثلها؛ لدخوله على ضمانها إن علم الحال بأنَّها ليست ملكًا للمعير، ولا مأذونًا له فهو غاصبٌ، وإن لم يعلم الحال فلأنَّه قبضها على أنَّها عاريّةٌ، والعاريّة مضمونةٌ -عند أهل العلم- وتقدَّم خلاف أهل العلم في هذه المسألة.

(٤) لأنَّه غرَّ الثَّاني بدفعها له على أن يستوفي منافعها بغير عوضٍ، فاستقرَّ عليه ضمان المنفعة دون الثَّاني.

(٥) وهو أنَّ للعين مالكًا لم يأذن في إعارتها، فوجبت الأجرة على الغارِّ بدفعها بدون إعلامٍ بالحال. [انظر: كشَّاف القناع ٤/ ٧٢].

(٦) أي: وإلَّا استقرَّت أجرة العين المعارة على المستعير الثَّاني أيضًا مع قيمة العين لعلمه بأنَّ العين لم تكن ملكًا لمعيره، مثال ذلك: لو أعار زيدٌ دابَّةً لعمرٍو، فأعارها بكرًا، فتلفت عنده؛ ضمنها مطلقًا على القول بضمان العاريّة وهو المذهب، وأجرتها على بكرٍ أيضًا إن كان عالمًا بالحال، وإلَّا كانت الأجرة على عمرٍو.

(٧) أي: فله تضمينه، كما لو سلَّط على مال غيره دابَّةً فأكلته. [انظر: كشَّاف القناع ٤/ ٧٢].

(**وَإِنْ أَرْكَبَ**) دابَّته (**مُنْقَطِعًا**) طَلَبًا (**لِلثَّوَابِ؛ لَمْ يَضْمَنْ**)(١)؛ لأنَّ يدَ ربِّها لم تَزَلْ عليها(٢)؛ كرديفِه ووكيلِه(٣).

ولو سلَّم شريكٌ لشريكِه الدَّابةَ، فتَلِفَت بلا تَفريطٍ ولا تَعدٍّ؛ لم يَضمَنْ(٤) إن لم يَأذنْ له في الاستعمالِ(٥)، فإن أَذِنَ له فيه فعاريَّةٌ(٦)، وإن كان بأجرةٍ فإجارَةٌ(٧)، فلو سلَّمها إليه ليَعلِفَها ويَقومَ بمصالِحِها؛ لم يَضمَنْ(٨).

(**وَإِذَا قَالَ**) المالِكُ: (**أَجَرْتُكَ**)، و(**قَالَ**) مَن هي بيدِه: (**بَلْ أَعَرْتَنِي، أَوْ بِالعَكْسِ**)؛ بأن قال: أعَرْتُكَ، قال: بل أجَرْتَني؛ فقولُ المالِكِ في الثانيةِ، وتُردُّ إليه في الأُولى إن اختلفَا (**عَقِبَ العَقْدِ**) أي: قَبلَ مُضيِّ مُدَّةٍ لها أجرةٌ؛

---

(١) أي: المنقطع تلف الدَّابَّة تحته؛ لأنَّ المالك هو الطَّالب لركوبه تقرُّبًا إلى الله، ولأنَّها غير مقبوضةٍ. [انظر: كشَّاف القناع ٤/ ٧١].

(٢) وراكبها لم ينفرد بحفظها.

(٣) كما لا يضمن رديف ربِّها؛ لأنَّها بيد مالكها، وكما لا يضمن وكيل ربِّ الدَّابَّة إذا تلفت في يده؛ لأنَّه ليس بمستعيرٍ. [انظر: المصدر السَّابق].

(٤) لأنَّه أمينٌ.

(٥) وإنَّما سلَّمها له ليحفظها بلا استعمالٍ.

(٦) لها أحكام العارية، وإن استعملها بلا إذنٍ فغصبٌ.

(٧) أي وإن سلم شريك لشريكه دابة فإجارة، له أحكام الإجارة.

(٨) لأنها حينئذ أمانة في يده، أو سلمها لشريكه؛ ليكون استعماله لها في نظير إنفاقه عليها، أو تناوبه معه لم يضمن.

فرع: ويجبر رد عارية بطلب مالك، وبانقضاء الغرض منها، وبانتهاء التوقيت، وبموت معير أو مستعير، فإن أخر الرد فعليه أجرة المثل؛ لعدم الإذن فيه. [انظر: كشاف القناع ٤/ ٧٣].

(قُبِلَ قَوْلُ مُدَّعِي الإِعَارَةِ) مع يمينِه؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ عقدِ الإجارةِ، وحِينئذ تُردُّ العينُ إلى مالِكِها إن كانت باقيةً[1].

(وَ) إن كان الاختلافُ (بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ) لها أجرةٌ؛ فالقولُ (قَوْلُ المَالِكِ)[2] مع يمينِهِ؛ لأنَّ الأصلَ في مالِ الغيرِ الضمانُ، ويَرجِعُ المالِكُ

---

(١) إذا اختلف المتعاقدان في صفة العقد، فله حالتان:

الحال الأولى: أن يكون ذلك عقب العقد، كأن يقول المالك: أَجَرْتك فلي الأجرة، فينكر القابض ويقول: بل أعرتني فليس لك أجرةٌ، فالقول قول القابض مع يمينه؛ لأنَّ الأصل عدم عقد الإجارة، وبراءة ذمَّة من بيده العين. [انظر: المبسوط ١١/١٤٩، حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٤٤٠، فتح العزيز ١١/ ٢٣٤، المغني ٧/٣٥٦، الكافي لابن قدامة ٢/٣٨٨، الفروع ٤/ ٤٧٧].

وإن قال المالك: أعرتك، وقال القابض: آجَرْتني، فقول مدَّعي الإعارة لما تقدَّم من التَّعليل السَّابق. [انظر: المغني ٧/٣٥٦، الكافي لابن قدامة ٢/ ٣٨٨].

(٢) الحال الثَّانية: أن يكون الخلاف بعد مضيِّ مدَّةٍ لها أجرةٌ:

فالمذهب، وهو قول المالكيَّة، والشَّافعيَّة، واختاره شيخ الإسلام: أنَّ القول قول المالك مع يمينه؛ لأنَّ المنافع تجري مجرى الأعيان في الملك والعقد عليها، ولو اختلفا في الأعيان كان القول قول المالك، فكذا هنا؛ ولأنَّ الغالب خروج الأعيان أو المنافع مقابل العوض؛ ولما علَّل به المؤلِّف.

وعند الحنفيَّة: أنَّ القول قول القابض؛ لأنَّهما اتَّفقا على تلف المنافع على ملك القابض، وادَّعى المالك عوضًا، والأصل عدم وجوبه، وبراءة ذمَّة القابض منه.

ونوقش: بأنَّه لا يسلَّم عدم الوجوب. [انظر: المصادر السَّابقة].

فالأقرب: القول الأوَّل، ما لم تكن هناك قرينةٌ، أو بيِّنةٌ.

حينئذ (بِأُجْرَةِ المِثْلِ)[١] لما مضى مِن المدَّةِ؛ لأنَّ الإجارةَ لم تَثبُتْ.

(وَإِنْ قَالَ) الذي في يدِه العينُ: (أَعَرْتَنِي، أَوْ قَالَ: أَجَرْتَنِي، قَالَ) المالِكُ: (بَلْ غَصَبْتَنِي)[٢]، فقولُ مالِكٍ؛ كما لو اختلفَا في رَدِّها، (أَوْ قَالَ) المالِكُ: (أَعَرْتُكَ)، و(قَالَ) مَن هي بيدِه: (بَلْ أَجَرْتَنِي، وَالبَهِيمَةُ تَالِفَةٌ)[٣]؛

---

(١) هذا هو المذهب؛ لأنَّهما لو اتَّفقا على وجوبه واختلفا في قدره وجب أجر المثل، فمع الاختلاف في أصله أولى.

والوجه الثَّاني: يجب المسمَّى؛ لأنَّه وجب بقول المالك ويمينه فوجب ما حلف عليه كالأصل.

وقيل: يلزمه أقلُّ الأمرين من المسمَّى وأجر المثل؛ لأنَّه إن كان المسمَّى أقلَّ فقد رضي به، وإن كان أكثر فليس له إلَّا أجر المثل. [انظر: المغني ٧/ ٤٦٣، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/ ١٠٤].

(٢) في الشَّرح مع الإنصاف ١٥/ ١٠٧: (إذا كان الاختلاف عقيب العقد، والدَّابَّة قائمةٌ لم تنقص فلا معنى للاختلاف، ويأخذ المالك دابَّته، وكذلك إذا كانت الدَّابَّة تالفةً وادَّعى الرَّاكب العاريّة؛ لأنَّ القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الغاصب.

وإن كان الاختلاف بعد مضيِّ مدَّةٍ لها أجرةٌ فالاختلاف في وجوبه، والقول قول المالك، وهذا ظاهر قول الشَّافعيِّ، ونقل المزنيُّ عنه: أنَّ القول قول الرَّاكب؛ لأنَّ المالك يدَّعي عوضًا الأصل براءة ذمَّته منه...).

(٣) في الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٥/ ١٠٥: (بلا نزاعٍ).

وفي الشَّرح الكبير: (القول قول المالك إذا كان قبل مضيِّ مدَّة لمثلها أجرةٌ سواءٌ ادَّعى الإجارة أو الإعارة... وإن اختلفا بعد مضيِّ مدَّةٍ لمثلها أجرٌ، والبهيمة تالفةٌ، وكان الأجر بقدر قيمتها، أو كان ما يدَّعيه المالك أقلَّ ممَّا يعترف به الرَّاكب، فالقول قول المالك بلا يمينٍ، إذ لا فائدة في اليمين على

فقولُ مالِكٍ؛ لأنَّهما اختلفا في صِفةِ القبضِ، والأصلُ فيما يَقبِضُه الإنسانُ مِن مالِ غيرِه الضمانُ؛ للأثرِ[١]، ويُقبَلُ قولُ الغارِمِ في القيمةِ[٢].

(أَوِ اخْتَلَفَا فِي رَدٍّ؛ فَقَوْلُ المَالِكِ)[٣]؛ لأنَّ المستعيرَ قَبَض العينَ لحظِّ نفسِهِ، فلم يُقبَلْ قَولُهُ في الردِّ.

وإن قال: أَودَعْتَني، فقال: غَصَبْتَني[٤]، أو قال: أَوْدَعْتُك، قال: بل أَعَرْتَني؛ صُدِّقَ المالكُ بيمينِهِ[٥]، ....

شيءٍ يعترف له به خصمه...، وإن كان ما يدَّعيه المالك أكثر بأن تكون قيمة الدَّابَّة أكثر من أجرها، فادَّعى أنَّها عاريَّةٌ لتجب القيمة...، أو كان الكراء أكثر من قيمتها فادَّعى المالك أنَّه أَجَرَها وادَّعى الرَّاكب أنَّها عاريَّةٌ، فالقول قول المالك باليمين، ومذهب الشَّافعيِّ نحو ما ذكرنا).

(١) تقدَّم تخريجه قريبًا.

(٢) لقوله ﷺ في حديث ابن عبَّاسٍ: «لو يُعْطَى النَّاسُ بدعواهم لادَّعى رجالٌ دماء قومٍ وأموالهم».

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول الشَّافعيَّة؛ لما استدلَّ به المؤلِّف؛ ولأنَّ الأصل عدم الرَّدِّ كالمدين إذا ادَّعى أداء الدَّين.

وعند الحنفيَّة: أنَّ القول قول المستعير مع يمينه؛ لأنَّ المستعير أمينٌ ينكر وجوب الضَّمان عليه، فكان القول قوله أشبه المودَع.

وعند المالكيَّة: أنَّ القول قول المستعير فيما لا يخفى هلاكه، وإن كان ممَّا يخفى هلاكه فالقول قول المعير؛ قياسًا على قبول قول المستعير في التَّلف إذا كان المال ممَّا يخفى هلاكه. [انظر: المبسوط ١١/ ١٤٤، شرح الخرشيِّ ٦/ ١٢٨، الإقناع للشِّربينيِّ ٣/ ١٣٧، معونة أُولي النُّهى ٥/ ٢٤٠].

(٤) فالقول قول المالك بيمينه؛ لأنَّ الأصل عدم الإيداع.

(٥) لما تقدَّم، ما لم تكن بيِّنةٌ، أو قرينةٌ.

وعليه الأجرةُ بالانتفاعِ[١].

  

(١) أي: على قابض العين الأجرة بالانتفاع بالمقبوض، ويردُّ العين إن كانت باقيةً أو قيمتها إن كانت متقوِّمةً، أو مثلها إن كانت مثليَّةً.

وفي أسنى المطالب ٢/ ٣٢٢: (وتنفسخ العاريّة بموت واحدٍ من العاقدين وجنونٍ، وإغماءٍ، وحجر سفهٍ من واحدٍ منهما كسائر العقود الجائزة).

(بَابُ الغَصْبِ)[(١)]

مَصدرُ غَصَب يَغصِبُ، بكسرِ الصادِ.

(وَهُوَ) لغةً: أَخْذُ الشيءِ ظلمًا[(٢)].

واصطلاحًا: (الِاسْتِيلَاءُ) عُرفًا[(٣)] (عَلَى حَقِّ غَيْرِهِ) مالًا كان أو

---

(١) أي: هذا باب يذكر فيه أحكام الغصب، وجناية البهائم، وما في معنى ذلك من الإتلافات.

(٢) في المصباح المنير ٢/٤٤٨: (غصبه غَصْبًا من باب ضرب، واغتصبه أخذه قهرًا وظلمًا، فهو غاصبٌ، والجمع غُصَّابٌ مثل كافرٍ وكفَّارٍ، ويتعدَّى إلى مفعولين فيقال: غصبته ماله، وقد تزاد مِنْ في المفعول الأوَّل، فيقال: غصبت منه ماله...). [انظر: لسان العرب ١/٦٤٨].

(٣) فما عُدَّ في العرف استيلاء مع تمام الحدِّ فهو غاصبٌ، ويختلف باختلاف المستولي عليه.

قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص ١٦١: (قال في المحرَّر: وهو الاستيلاء على مال الغير ظلمًا).

قوله: (على مال الغير) يدخل فيه مال المسلم والمعاهد، وهو المال المعصوم، ويخرج منه: استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب فإنَّه ليس بظلمٍ.

ويدخل فيه: استيلاء المحاربين على مال المسلمين وليس بجيِّدٍ، فإنَّه ليس من الغصب المذكور حكمه هنا بإجماع المسلمين، إذ لا خلاف أنَّه لا يضمن بالإتلاف ولا بالتَّلف، وإنما الخلاف في وجوب ردِّ عينه، وأمَّا أموال أهل البغي وأهل العدل فقد لا يَرِدُ؛ لأنَّ هناك لا يجوز الاستيلاء على عينها، ومتى

اختصاصًا[١]، (قَهْرًا بِغَيْرِ حَقٍّ).

أتلفت بعد الاستيلاء على عينها ضمنت، وإنَّما الخلاف في ضمانها بالإتلاف وقت الحرب.

ويدخل فيه: ما أخذه الملوك والقطَّاع من أموال النَّاس بغير حقٍّ من المكوس وغيرها) اهـ.

اختلف العلماء رحمهم الله تعالى في تعريف الغصب في الاصطلاح على ثلاثة أقوالٍ:

القول الأوَّل: أنَّ الغصب هو استيلاء غير حربيٍّ بفعلٍ يعدُّ استيلاءً عرفًا على حقِّ غيره قهرًا بغير حقٍّ، وهذا هو تعريف الشَّافعيَّة، والحنابلة.

القول الثَّاني: أنَّ الغصب هو أخذ مالٍ قهرًا تعدِّيًا بلا حرابةٍ.

وهذا هو تعريف المالكيَّة، وهو عبارة الشَّرح الصَّغير.

وعرَّفه ابن عرفة بقوله: (هو الانتفاع بملك الغير بغير حقٍّ دون قصد تملُّك الرَّقبة، أو إتلافه أو بعضه دون قصد تملُّكه).

القول الثَّالث: أنَّ الغصب هو أخذ مالٍ متقوِّمٍ محترمٍ قابلٍ للنَّقل بغير إذن المالك على وجهٍ يزيل يد المالك، إن كان في يده، أو يَقْصُرُ يدَه إن لم يكن في يده، على سبيل المجاهرة والمغالبة.

وهذا هو تعريف الحنفيَّة، خلافًا لمحمَّدٍ حيث قال بتحقُّق الغصب في العقار. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ١١٩/٥، بدائع الصَّنائع ٤٤٠٣/٩، الشَّرح الصَّغير ٢٠٩/٢، بلغة السَّالك ٢٠٩/٢، نهاية المحتاج ١٤٤/٥، مطالب أُولي النُّهى ٣/٤، شرح منتهى الإرادات ٣٩٩/٢].

(١) المختصُّ مثل: كلب الصَّيد، وحرثٍ وماشيةٍ، وخمرة ذمِّيٍّ، قال ابن رجبٍ في القواعد ص ١٩٢: (حقُّ الاختصاص عبارةٌ عمَّا يختصُّ مستحقُّه بالانتفاع به، ولا يملك أحدٌ مزاحمته فيه، وهو غير قابلٍ للشُّمول والمعاوضات).

فَخَرَج بقيدِ (القَهْر): المسروقُ والمنتهَبُ والمختلَسُ[١]، و(بِغَيْرِ حَقٍّ): استيلاءُ الوليِّ على مالِ الصغيرِ ونحوِه[٢]، والحاكمِ على مالِ المفلسِ[٣].

وهو محرَّمٌ؛ لقولِه تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البَقَرَة: ١٨٨].

(مِنْ عَقَارٍ)، بفتحِ العينِ: الضَّيْعَةُ، والنَّخْلُ، والأَرضُ، قاله أبو السعاداتِ[٤][٥]، ....

(١) السَّرقة: أخذ مال الغير من حرز مثله على وجه الخفية. [انظر: مغني المحتاج ٤/١٥٨].

في المصباح ٢/٦٢٧: (... النَّهب أي: الانتهاب، وهو الغلبة على المال والقهر)، وفيه أيضًا ١/١٧٧: (خلست الشَّيء خَلْسًا من باب ضرب اخطفته بسرعةٍ على غفلةٍ). فهذه ليست غصبًا.

(٢) كالمجنون، والبالغ غير الرَّشيد، فليس غصبًا.

(٣) [انظر: باب الحجر].

(٤) ابن الأثير في النَّهاية ٣/٢٧٤، وفي المصباح ٢/٤٢١: (والعقار مثل سلام: كلُّ ملكٍ ثابتٍ له أصلٌ كالدَّار والنَّخل، قال بعضهم: وربَّما أطلق على المتاع، والجمع عقارات).

(٥) فالمذهب، ومذهب المالكيَّة والشَّافعيَّة: أنَّ الغصب يكون في العقار؛ لحديث عائشة رضي الله عنها أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «من ظلم قِيدَ شبرٍ من الأرض طُوِّقَهُ من سبع أَرَضِينَ» متَّفقٌ عليه.

قال ابن حجرٍ في الفتح ٥/١٠٣: (وفي الحديث إمكان غصب الأرض).

وعند أبي حنيفة وأبي يوسف: أنَّ العقار لا يتصوَّر وجود معنى الغصب فيه، لعدم إمكان نقله وتحويله، فصار كما لو حال بين المالك ومتاعه فتلف المتاع فلا ضمان، أمَّا لو أتلفه الغاصب بنفسه كأن هدمه ضمن. [انظر: بدائع الصَّنائع ٧/١٤٥، تبيين الحقائق ٥/٢٢٤، الشَّرح الكبير للدَّردير ٣/٤٤٣، مغني

(وَمَنْقُولٍ)، مِن أثاثٍ، وحيوانٍ[1]، ولو أمَّ ولدٍ[2]، لكن لا تَثبُتُ اليدُ على بُضْعٍ[3]، فيصحُّ تزويجُها[4]، ولا يَضمَنُ نَفعَه[5].

المحتاج ٢/ ٢٧٥، كشَّاف القناع ٤/ ٨٣].

(١) وشجرٍ وزرعٍ ونحوهما.

(٢) وفي الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/ ١١٤: (وهو قول الشَّافعيِّ، وأبي يوسف ومحمَّدٍ، وقال أبو حنيفة: لا تضمن؛ لأنَّ أمَّ الولد لا تجري مجرى المال، بدليل أنَّه لا يتعلَّق بها حقُّ الغير فأشبهت الحرَّ.

ولنا: أنَّها تضمن بالقيمة، فتضمن بالغصب كالقنِّ، ولأنَّها مملوكةٌ أشبهت المدبَّرة، وفارقت الحرَّة فإنَّها ليست مملوكةً ولا تضمن بالقيمة).

(٣) في المصباح ١/ ٥١: (البُضع بالضَّمِّ جمعه أبضاعٌ مثل: قفلٍ وأقفالٍ، يطلق على الفرج، والجماع، والتَّزويج...).

(٤) ولو كانت بيد الغاصب؛ لأنَّه لا تثبت يده على بضعها بخلاف بيعها، فلا يصحُّ إلَّا على غاصبها، أو قادرٍ على أخذها منه.

(٥) وهذا باتِّفاق الأئمَّة. [انظر: شرح الخرشيِّ وحاشية ابن العدوي عليه ٦/ ١٤١، روضة الطَّالبين ٥/ ١٤، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/ ١١٤].

أي: نفع البُضع وهو المهر، فلو حبسها عن النِّكاح حتَّى فات بالكبر لم يضمن المهر بالتَّفويت؛ لأنَّ النَّفع إنَّما يضمن بالتَّفويت إذا كان ممَّا تصحُّ المفاوضة عليه بالإجارة، والبُضع ليس كذلك. [انظر: المصادر السَّابقة].

قال ابن رجبٍ في القاعدة ٩١: (من الأصحاب من قال: منفعة البُضع لا تدخل تحت اليد، وبه جزم القاضي في «خلافه» وابن عقيلٍ في «تذكرته»، وفرَّعوا عليه صحَّة تزويج الأمة المغصوبة، وأنَّ الغاصب لا يضمن مهرها لو حبسها عن النِّكاح حتَّى فات بالكبر، وخالف ابن المني وجزم بضمان مهر الأمة بتفويت النِّكاح، وذكر في الحرَّة تردُّدًا لامتناع ثبوت اليد عليها).

ولو دَخَل دارًا قهرًا وأخرج ربَّها؛ فغاصبٌ[١]، وإن أخرجه قَهرًا ولم يَدخُلْ، أو دَخَل مع حُضورِ ربِّها وقُوَّتِه فلا[٢]، وإن دَخَل قَهرًا ولم يخرِجْهُ فقد غَصَب ما استولى عليه[٣]، وإن لم يُرِد الغَصبَ فلا، وإن دَخَلها قَهرًا في غَيبةِ ربِّها فغاصِبٌ[٤]، ولو كان فيها قماشُهُ، ذَكَره في المبدعِ[٥].

(وَإِنْ غَصَبَ كَلْبًا يُقْتَنَى)؛ ككلبِ صيدٍ وماشيةٍ وزرعٍ، (أَوْ) غَصَب (خَمْرَ ذِمِّيٍّ) مستورةً؛ (رَدَّهُمَا)[٦]؛ لأنَّ الكلبَ يجوزُ الانتفاعُ به واقتناؤه، وخمرَ

(١) لوجود الاستيلاء. [انظر: المغني ٧/ ٣٦٥].

(٢) لعدم الاستيلاء، قال ابن قدامة في المغني ٧/ ٣٦٥: (ولا يحصل الغصب من غير استيلاءٍ، فلو دخل أرض إنسانٍ أو داره لم يضمنها بدخوله، سواءٌ دخلها بإذنه أو غير إذنه، وسواءٌ كان صاحبها فيها أو لم يكن.

وقال بعض أصحاب الشَّافعيِّ: إن دخلها بغير إذنه ولم يكن صاحبها فيها ضمنها...).

(٣) لأنَّه لا يشترط لتحقُّق الغصب نقل العين، بل يكفي مجرَّد الاستيلاء.

(٤) لاستيلائه عليها.

(٥) ٥/ ١٥١.

(٦) هذا هو المذهب؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٥/ ١١٧: (وذكر في الانتصار لا يردُّ الخمر، وتلزم إراقتها إن حُدَّ وإلَّا لزمه تركه، وعليهما يُخرَّج تعزير مُريقه، وقال في القواعد الأصوليَّة: لو غصب مسلمٌ خمرة ذمِّيٍّ انبنى وجوب ردِّها على ملكها لهم، وفيه روايتان: إحداهما: يملكونها فيجب الرَّدُّ هذا قول جمهور أصحابنا...).

وكذا خمرة خلَّالٍ؛ لأنَّه غير ممنوعٍ من إمساكها، وكذا لو غصب دهنًا متنجِّسًا ردَّه؛ لأنَّه يجوز الاستصباح به على المذهب في غير مسجدٍ، وإن لم

الذمِّي يُقَرُّ على شُرْبِها، وهي مالٌ عندَه[١].

(وَلَا) يَلزَمُ أن (يَرُدَّ جِلْدَ مَيْتَةٍ) غُصِبَ، ولو بعدَ الدَّبغِ[٢]؛ لأنَّه لا يَطهُرُ بدبغٍ.

وقال الحارثيُّ: (يَردُّه حيثُ قلنا: يُباحُ الانتفاعُ[٣] به في اليابساتِ)، قال في تصحيح الفروع: (هو الصوابُ)[٤].

(وَإِتْلَافُ الثَّلَاثَةِ) أي: الكلبِ[٥]، والخمرِ المحترمةِ[٦]، ....

يكن الكلب يقتنى، ولم تكن خمرة الذِّمِّيِّ مستورةً لم يلزمه الرَّدُّ للنَّهي عن اقتناء الكلب، وزوال عصمة خمرة الذِّمِّيِّ متى ظهرت.

(١) فلزم ردُّها ما زالت مستورةً، وإن غصب من مسلم خمرًا حرم ردُّها، ووجبت إراقتها؛ لأنَّ أبا طلحة سأل رسول الله ﷺ: (عن أيتامٍ ورثوا خمرًا فأمر بإراقتها)، رواه مسلمٌ.

(٢) وهذا هو المذهب؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند جمهور أهل العلم: يلزم ردُّه، وفي المغني ٧/ ٤٢٧: (وإن غصب جلد ميتةٍ فهل يلزمه ردُّه؟ على وجهين، بناءً على الرِّوايتين في طهارته بالدَّبغ، فمن قال بطهارته أوجب ردَّه؛ لأنَّه لا يمكن إصلاحه، فهو كالثَّوب النَّجس، ومن قال: لا يطهر لم يوجب ردَّه؛ لأنَّه لا سبيل إلى إصلاحه...).

(٣) الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٥/ ١٢٣.

(٤) ٤/ ٤٩٥.

(٥) وهذا هو المذهب: أنَّ إتلاف الكلب هدرٌ؛ لعدم ماليَّته.

وعند جمهور أهل العلم: إن كان مأذونًا فيه ضمن قيمته، وإن كان غير مأذونٍ فيه فلا ضمان في إتلافه. [انظر: المصادر الآتية، الشَّرح الكبير مع حاشيته ٢/ ٢٠٤، و٣/ ٤٤٧، كشَّاف القناع ٤/ ٨٤].

(٦) بإجماع العلماء يجب إتلاف الخمر الَّتي هي من عصير العنب إذا كانت

وجلدِ الميتةِ[1]؛ (هَدَرٌ)، سواءٌ كان المتلِفُ مسلمًا أو ذميًا؛ لأنَّه ليس لها عِوضٌ شرعيٌّ؛ لأنَّه لا يجوزُ بَيعُها[2].

لمسلم، واستثني من ذلك ما عصر من غير قصد الخمريَّة فتخمَّرت فأمسكت حتَّى تخلَّل، لما روى أنسٌ رضي الله عنه أنَّ أبا طلحة رضي الله عنه سأل النَّبيَّ ﷺ عن أيتامٍ ورثوا خمرًا؟ قال: «أهرقها، قال: أفلا أجعلها خلًّا؟ قال: لا» رواه أحمد، وأبو داود، والتِّرمذيُّ، ووثَّق رجاله في النَّيل ٥/ ٣٩٤.

وأمَّا ما سوى عصير العنب ممَّا يسكر فجمهور أهل العلم: يجب إتلافه.

وعند أبي حنيفة: أنَّه لا يتلف؛ لأنَّ الخمر عنده خاصٌّ بالنِّيء من ماء العنب. [انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٩٥، التَّاج والإكليل ٧/ ٣١٨، حلية العلماء ٢/ ٦٩٢، المغني ٧/ ٤٢٦].

وأمَّا إن كانت لذمِّيٍّ فإن أخفاها فلا تتلف، وإن أظهرها فالمذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: تتلف؛ لعموم الأدلَّة الدَّالَّة على إتلافها.

وعند الحنفيَّة، والمالكيَّة: يؤدَّب ولا تتلف؛ لأنَّها أموالٌ متقوِّمةٌ لأهل الذِّمَّة فلا يجوز إتلافها كسائر أموالهم. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) فالمذهب: إتلاف جلد الميتة هدرٌ بناءً على أنَّه لا يطهر بالدَّبغ.

وعند جمهور أهل العلم: يضمن؛ لعموم أدلَّة الضَّمان. [انظر: المبسوط ١١/ ١٠٢-١٠٤، البحر الرَّائق ٨/ ٢٤٠، الشَّرح الكبير للدَّردير ٣/ ٤٤٨، نهاية المحتاج ٥/ ١٦٥، الإنصاف ٦/ ١٢٥].

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة، وبه قال ابن حزمٍ؛ لحديث جابر رضي الله عنه أنَّ رسول الله ﷺ قال: «إنَّ الله حرَّم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام...». متَّفقٌ عليه، وما حرم بيعه لم تجب قيمته كالميتة.

وعند الحنفيَّة والمالكيَّة: يجب الضَّمان في إتلاف خمر الذِّمِّيِّ، فإن كان مسلمًا ضمن القيمة، وإن كان ذمِّيًّا ضمن المثل؛ لأنَّها مالٌ عندهم. [انظر: المصادر السَّابقة].

(**وَإِنِ اسْتَوْلَى عَلَى حُرٍّ**) كبيرٍ أو صغيرٍ؛ (**لَمْ يَضْمَنْهُ**)(١)؛ لأنَّه ليس بمالٍ(٢).

(**وَإِنِ اسْتَعْمَلَهُ كُرْهًا**)(٣) فعليه أجرتُهُ؛ لأنَّه استوفَى منافِعَه، وهي متقوِّمَةٌ(٤)، (**أَوْ حَبَسَهُ**) مدَّةً لمثلِها أجرةٌ؛ (**فَعَلَيْهِ أُجْرَتُهُ**)(٥)؛ لأنَّه فوَّت مَنفعتَه،

---

(١) بأن حبسه، ولم يمنعه الطَّعام والشَّراب، فمات بنحو مرضٍ، وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وفي وجهٍ للحنابلة: يُضمن الحرُّ بناءً على ثبوت اليد عليه.

وفي وجهٍ آخر: يضمن الصَّغير؛ لأنَّه يمكن الاستيلاء عليه من غير ممانعةٍ. [انظر: حاشية الحمويِّ على ابن نجيمٍ ١/ ١٦٤، المنثور للزَّركشيِّ ٢/ ٤٣، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/ ١٢٤، قواعد ابن رجبٍ، القاعدة الثَّانية والتِّسعين].

(٢) في الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/ ١٢٤: (فإن قلنا: لا يضمنه، فهل يضمن ثيابه وحليه؟ على وجهين: أحدهما: لا يضمنه؛ لأنَّه تبعٌ له، وتحت يده أشبه ثياب الكبير.

والثَّاني: يضمنه؛ لأنَّه استولى عليه أشبه ما لو كان منفردًا...).

(٣) في خدمةٍ، أو خياطةٍ، ونحو ذلك.

(٤) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: لما علَّل به المؤلِّف.

أمَّا الحنفيَّة، فقالوا: بعدم ضمانها، بناءً على أنَّها ليست بمالٍ عندهم. [انظر: المبسوط ١١/ ٧٨، الشَّرح الكبير مع حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٤٥٤، روضة الطَّالبين ٥/ ١٤، المغني مع الشَّرح الكبير ٥/ ٣٧٨].

(٥) وهذا هو المذهب، ووجهٌ عند الشَّافعيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند الحنفيَّة، والمالكيَّة، والأصحُّ عند الشَّافعيَّة: أنَّ منافع الحرِّ لا تضمن بالفوات تحت اليد؛ لأنَّه لم يوجد من الغاصب إتلافٌ لمنافع الحرِّ حيث لم

وهي مالٌ يجوزُ أَخْذُ العِوضِ عنها[١].

وإن مَنَعه العملَ مِن غيرِ غَصبٍ أو حبسٍ لم يَضمَنْ مَنافِعَه[٢].

(**وَيَلْزَمُ**) غاصِبًا (**رَدُّ المَغْصُوبِ**)[٣] إن كان باقيًا وقَدَرَ على ردِّه؛ ....

يتصرَّف فيها، بل منافعه في يده كثياب بدنه، وكما لا يضمن ثياب بدنه بالحبس فكذلك لا يضمن منافعه. [انظر: المصادر السَّابقة].

والأقرب: إن كانت منافعه معطَّلةً لم يضمنها، وإن كان يعمل ضمنها.

(١) كمنافع العبد.

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لأنه لم يوجد من الغاصب إتلافٌ لمنافع الحرِّ حيث لم يتصرَّف فيها، بل منافعه في يده كثياب بدنه، فكما لا يضمن ثياب بدنه بالحبس، فكذلك لا يضمن منافعه.

ولأنَّ الحرَّ لا يدخل تحت اليد، فكذلك منافعه.

والمصحَّح عند الشَّافعيَّة، ووجهٌ عند الحنابلة: أنَّ منافع الحرِّ تضمن بالفوات تحت اليد؛ لأنَّها مالٌ يجوز أخذ العوض عنها، فضمنت بالغصب كمنافع العبد. [انظر: المبسوط ١١/ ٧٨، قواعد الأحكام ١/ ١٥٥، الشَّرح الكبير وحاشيته ٣/ ٤٥٤، الإنصاف ٦/ ١٢٩، كشَّاف القناع ٤٤/ ١١٢].

(٣) بالإجماع: قال ابن قدامة في المغني ٧/ ٣٦١: (... إذا ثبت هذان فمن غصب شيئًا لزمه ردُّه ما كان باقيًا بغير خلافٍ نعلمه...).

مسألةٌ: ضمان منافع المغصوب.

اختلف العلماء رحمهم الله في ضمان منافع الأموال المغصوبة من العبيد والدَّوابِّ والعقار هل هي مضمونةٌ بالفوات والتَّفويت - أي: سواءٌ عطَّلها أو تصرَّف فيها - على قولين:

القول الأوَّل: أنَّها مضمونةٌ على الغاصب بالفوات والتَّفويت، وهذا هو المذهب، وبه قال الشَّافعيَّة، والظَّاهريَّة؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ

....

﴿عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ﴾، ولحديث سمرة رضي الله عنه أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتَّى تؤدِّيَهُ» رواه أبو داود، والتِّرمذيُّ وصحَّحه، وابن ماجه.

ولأنَّ المنافع أموالٌ متقوِّمةٌ حيث جعلها الشَّرع مالًا إذ جوَّز جعلها مهرًا، وأجرى العقد عليها في الإجارة ونحوها.

وعند المالكيَّة: لا يخلو الغصب من حالتين:

الأولى: أن تكون نيَّة الغاصب غصب العين ذاتها، ويكون فوات منافعها تبعًا لذلك؛ فإن كان المغصوب عقارًا ضمن أجره إن انتفع به، فإن لم ينتفع به بل فوَّته لم يضمن، وإن كان منقولًا فكالعقار على المشهور، فلا يضمن المنافع لضمان الرَّقبة.

الثَّانية: أن تكون نيَّة الغاصب غصب المنافع فقط، فلا يريد غصب العين، وإنَّما يريد أن ينتفع بها مدَّةً من الزَّمن، ففي هذه الحال يضمن سواءٌ انتفع أم لا؛ لأنَّ المنافع أموالٌ متقوِّمةٌ فتضمن.

وعند الحنفيَّة: عدم ضمان منافع المغصوب.

واستثنى المتأخِّرون: ما كان معدًّا للاستغلال، ومال اليتيم، والوقف فتضمن منافعه.

وحجَّة الحنفيَّة: قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ﴾، والمنافع ليس لها مثلٌ في الصُّورة تضمن به عند فواتها.

ونوقش: بأنَّ لها مثلًا في المعنى، وهو القيمة.

ولحديث: «الخراج بالضَّمان» رواه أحمد، وأبو داود، والتِّرمذيُّ وصحَّحه، والنَّسائيُّ وابن ماجه من حديث عائشة رضي الله عنها.

فالمغصوب لـمَّا كان في ضمان الغاصب إذ هو الَّذي التزم تسليمه بالغصب دون المالك، فكانت المنافع له دون المالك.

ونوقش هذا الاستدلال: أنَّ هذا الحديث واردٌ في البيع.

لقولِه ﷺ: «لَا يَأْخُذْ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ أَخِيهِ لَا لَاعِبًا وَلَا جَادًّا، وَمَنْ أَخَذَ عَصَا أَخِيهِ فَلْيَرُدَّهَا» رواه أبو داودَ(١).

وإنْ زادَ لزِمَه رَدُّهُ (بِزِيَادَتِهِ)، متَّصلةً كانت أو مُنْفصلةً(٢)؛ لأنَّها مِن نماءِ

ولأنَّ المنافع أعراضٌ تحدث شيئًا فشيئًا، فلم يوجد تفويت يد المالك عن المنافع. [انظر: بدائع المبسوط ١١/ ٧٨].

ونوقش: بأنَّ التَّفويت كما يحصل بإزالة يد المالك يحصل بمنعه عن الاستفادة بملكه.

وعلى هذا فالأقرب قول الشَّافعيَّة والحنابلة. [انظر: اللُّباب ٢/ ١٩٥، الهداية ٤/ ٢٠، مواهب الجليل مع التَّاج والإكليل ٥/ ٢٨١، الأمَّ ٣/ ٢٥٤، نهاية المحتاج ٥/ ١٦٨، الإقناع ٢/ ٣٥٢، الإنصاف ٦/ ٢٠١].

(١) رواه أبو داود (٥٠٠٣)، ورواه أحمد (١٧٩٤٢)، والترمذي (٢١٦٠)، والحاكم (٦٦٨٦)، من طريق ابن أبي ذئب، عن عبد الله بن السائب بن يزيد، عن أبيه، عن جده رضي الله عنه مرفوعًا. قال الترمذي: (حديث حسن غريب، لا نعرفه إلا من حديث ابن أبي ذئب، والسائب بن يزيد له صحبة قد سمع من النبي ﷺ أحاديث وهو غلام)، وصححه الحاكم، وقال البيهقي: (إسناده حسن)، وحسنه الألباني. [انظر: التلخيص الحبير ٣/ ١١٤، الإرواء ٥/ ٣٥٠].

(٢) وهذا هو المذهب، وهو مذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند أبي حنيفة: لا يضمن الغاصب الزَّوائد المتَّصلة والمنفصلة، فإذا غصب جاريةً سمينةً فهزلت عنده، أو ولدت فهلك ولدها من غير صنعه لم يضمن، للنُّصوص النَّافية للضَّمان، كقوله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَا﴾. [انظر: المبسوط ١١/ ٥٣، البناية شرح الهداية ٨/ ٤٠٧، بداية المجتهد ٢/ ٣٦٦، روضة الطَّالبين ٥/ ٢٧، المغني ٧/ ٢٨٤].

المغصوبِ، وهو لمالكِهِ، فلَزِمه ردُّهُ؛ كالأصلِ، (وَإِنْ غَرِمَ) على ردِّ المغصوبِ (أَضْعَافَهُ)؛ لكونِهِ بُنِيَ عليه أو بُعِّدَ ونحوِه[(١)][(٢)].

(وَإِنْ بَنَى فِي الأَرْضِ) المغصوبةِ، (أَوْ غَرَسَ؛ لَزِمَهُ القَلْعُ) إذا طالَبه المالكُ بذلك؛ لقولِه ﷺ: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ[(٣)]»[(٤)]، ....

والمتَّصلة كالسِّمن، وتعليم صنعةٍ، والمنفصلة كالولد من بهيمةٍ، وكالكسب.

(١) أي: لكونه بُني على المغصوب كحجرٍ أو خشبةٍ قيمتها درهمٌ مثلًا وبَنَى عليها واحتاج في ردِّها وإخراجها إلى خمسة دراهم، أو لكونه بعُد المغصوبُ بأن حُمل إلى بلدةٍ بعيدةٍ بحيث تكون أجرته أضعاف قيمته ونحو ذلك كحيوانٍ انفلت بمكانٍ يعسر مسكه فيه، ويحتاج إلى أجرةٍ أضعاف قيمته فتلزم الغاصب لتعدِّيه، وكان ضرر ذلك عليه، وإن انكسر الحجر، أو تلفت الخشبة وجبت القيمة.

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة؛ لحديث سعيد بن زيدٍ رضي الله عنه أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «ليس لعرقٍ ظالم حقٌّ»، رواه أبو داود، والتِّرمذيُّ وحسَّنه، ولحديث أبي هريرة رضي الله عنه أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «من وجد عين ماله عند رجلٍ قد أفلس فهو أحقُّ به»، متَّفقٌ عليه.

وعند الحنفيَّة: أنَّه إذا غصب ساحةً وبنى عليها انقطع حقُّ المالك ولزمه قيمتها؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّن مَّنَعَ مَسَٰجِدَ ٱللَّهِ أَن يُذْكَرَ فِيهَا ٱسْمُهُۥ وَسَعَىٰ فِي خَرَابِهَآ... ﴿١١٤﴾﴾ وظاهر هذا: أنَّ من غصب ساحةً وأدخلها في بناء المسجد لم يكن للمالك نقض البناء؛ لأنَّ تخريب المسجد حرامٌ. [انظر: المبسوط ١١/ ٩٣، روضة الطَّالبين ٥/ ٥٤، المبدع ٥/ ١٥٧، مطالب أُولي النُّهى ٤/ ١١].

(٣) العِرْق الظَّالم: هو أن يجيء الرَّجل إلى أرضٍ قد أحياها رجلٌ قبله فيغرس فيها غرسًا ليستوجب به الأرض. [انظر: النِّهاية في غريب الحديث ٣/ ٢١٩].

(٤) قال الألباني: (وقد روي عن سعيد بن زيد، وعائشة، ورجل من

....

الصحابة، وسمرة بن جندب، وعبادة بن الصامت، وغيرهم):

الأول: حديث سعيد بن زيد: رواه أبو داود (٣٠٣٧)، والترمذي (١٣٧٨)، من طريق عبد الوهاب الثقفي، حدثنا أيوب، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن سعيد بن زيد مرفوعًا. قال الترمذي: (حديث حسن غريب، وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن النبي ﷺ مرسلًا)، وبنحوه قال البزار، قال الدارقطني: (تفرد به عبد الوهاب الثقفي عنه)، وذلك أن جماعةً - منهم مالك وابن عيينة ويحيى بن سعيد ووكيع وغيرهم - رووه عن هشام، عن أبيه مرسلًا، وصحح المرسل الدارقطني وابن عبد البر، وهو ظاهر كلام أبي حاتم، ووافقهم الألباني.

الثاني: عائشة ﵂: رواه الدارقطني (٤٥٠٦)، والبيهقي (١١٧٨٠) من طريق زمعة، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة ﵂ مرفوعًا. قال أبو حاتم: (حديث منكر)، وقال ابن حجر: (وفي إسناده زمعة، وهو ضعيف).

الثالث: رجل من الصحابة: رواه أبو داود (٣٠٧٥) من طريق محمد بن إسحاق، عن يحيى بن عروة، عن أبيه، عن رجل من أصحاب النبي ﷺ. وحسَّن ابن حجر إسناده، وأعله الألباني بعنعنة ابن إسحاق.

الرابع: سمرة بن جندب ﵁: رواه البيهقي (١١٧٧٨) من طريق قتادة، عن الحسن، عن سمرة مرفوعًا. وقتادة والحسن مدلسان، ورواية الحسن عن سمرة متكلم فيها.

الخامس: عبادة بن الصامت ﵁: رواه أحمد (٢٢٧٧٨) من طريق إسحاق بن يحيى بن الوليد بن عبادة بن الصامت، عن عبادة. قال الهيثمي: (وإسحاق بن يحيى لم يدرك عبادة)، ووافقه ابن حجر، وقال الألباني: (ثم هو مع ذلك مجهول الحال كما في التقريب).

قال ابن عبد البر: (هذا الاختلاف عن عروة يدل على أن الصحيح في إسناد

(وَ) لَزِمه (أَرْشُ نَقْصِهَا)، أي: نقصِ الأرضِ، (وَتَسْوِيَتُهَا)؛ لأنَّه ضررٌ حَصَل بفعلِهِ، (وَالأُجْرَةُ)(١)، ....

هذا الحديث عنه الإرسال كما روى مالك ومن تابعه، وهو أيضًا صحيح مسند على ما أوردنا والحمد لله، وهو حديث متلقى بالقبول عند فقهاء الأمصار وغيرهم).

وقال ابن حجر في هذه الأحاديث: (وفي أسانيدها مقال، لكن يتقوى بعضها ببعض)، وصححه الألباني بمجموع الطرق. [انظر: علل الحديث ٤/ ٢٧٩، مسند البزار ٤/ ٨٦، علل الدارقطني ٤/ ٤١٤، التمهيد ٢٢/ ٢٨٣، البدر المنير ٦/ ٧٦٦، التلخيص الحبير ٣/ ١٣٠، الإرواء ٥/ ٣٥٣].

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: أنَّ الغاصب إذا بنى أو غرس وطالبه المالك ألزم بهدم ما بناه، وقلع ما غرسه، وأرش النَّقص، وأجرة الأرض؛ لما استدلَّ به المؤلِّف.

ولما روى الخلَّال بإسناده عن الزُّهريِّ عن عروة عن عائشة ﵂ عن النَّبيِّ ﷺ أنَّه قال: «من بنى في رباع قومٍ بإذنهم فله القيمة، ومن بنى بغير إذنهم فله النَّقض».

ولأنَّ الغاصب قد استوفى بعض منافع الأرض، والمنافع مضمونةٌ على الغاصب بالفوات والتَّفويت، فعليه الأجرة مقابل استيفائه منافع الأرض. [انظر: المغني ٧/ ٣٦٥].

وعند الحنفيَّة: يؤمر الغاصب بالقلع والرَّدِّ، فإن كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الأرض فعند الكرخيِّ يضمن الغاصب قيمة الأرض، ولا يؤمر بقلع البناء؛ لقاعدة: الضَّرر الأشدُّ يزال بالأخفِّ، والمفتى به عندهم: أنَّه يؤمر بالقلع سدًّا لباب الظُّلم.

وعند المالكيَّة: يخيَّر المالك في أخذ الغراس أو البناء مع دفع قيمته منقوضًا

أي: أجرةُ مِثلِها إلى وقتِ التسليمِ(١).

وإن بَذَلَ ربُّها قيمةَ الغِراسِ والبِناءِ ليَملِكَهُ؛ لم يَلزَم الغاصِبَ قبولُهُ(٢)، وله قَلعُهُما(٣).

وإن زَرَعها وردَّها بعدَ أخْذِ الزَّرعِ فهو للغاصِبِ، وعليه أجرتُها(٤)، وإن

إن كان له قيمةٌ بعد كونه منقوضًا، لا ما لا قيمة له، كترابٍ وجصٍّ ونحو ذلك، ويسقط من قيمة المنقوض أجرة الكلفة إن كان الغاصب شأنه لا يتولَّى ذلك، فيقال: ما يساوي نقض هذا البناء أو الشَّجر لو نقض؟ فإذا قيل: عشرةٌ، قيل: وما أجرة من يتولَّى الهدم وتسوية الأرض؟ فإذا قيل: أربعةٌ، غرم المالك للغاصب ستَّةً، وإن كان الغاصب شأنه يتولَّى ذلك لم تسقط الأجرة وغرم المالك للغاصب عشرةً، وأمره بتسوية أرضه... أي: خيِّر بين أخذه مع دفع... إلخ وبين أمره بتسوية أرضه بعد أن يهدم ما بناه أو يقلع ما غرسه. [انظر: حاشية ابن عابدين ٦/ ١٩٢، المدوَّنة ٥/ ٥٦٨، الشَّرح الصَّغير مع حاشيته ٢/ ٢١٤، الأمّ ٣/ ٥٥، المهذَّب ١/ ٤٨٨، كشَّاف القناع ٤/ ٨١].

(١) لتلف منافعها تحت يده العادية، وكذا لو لم ينتفع بها لزمته أجرتها.

(٢) لأنَّه عين مال الغاصب، وإن اتَّفقا على التَّعويض جاز.

(٣) لأنَّهما ملكه، ما لم تكن الآلات والغرس من الأرض المغصوبة؛ لأنَّ الجميع ملك المغصوب منه.

(٤) الغاصب إذا زرع في الأرض فله حالتان:

الأولى: أن يدرك المالك الأرض بعد حصاد الغاصب للزَّرع، فالزَّرع للغاصب.

قال ابن قدامة: (لا نعلم فيه خلافًا)؛ لأنَّه نماء ملكه، وعليه الأجرة إلى وقت التَّسليم؛ لأنَّه استوفى منافع الأرض فوجب عليه عوض ذلك، ولأنَّ المنفعة مالٌ فوجب أن تضمن كالعين، وهذا هو المذهب.

كان الزَّرعُ قائمًا فيها؛ خُيِّر ربُّها بينَ تركِه إلى الحصادِ بأجرةِ مثلِهِ(١)، .....

ونقل حربٌ: حكمها حكم الزَّرع الَّذي لم يحصد - كما يأتي في الحالة الثَّانية - واختاره صاحب الفائق. [انظر: المغني ٧/ ٢٧٨، الإنصاف مع الشرح الكبير ١٥/ ١٣٤، المبدع ٥/ ١٥٥، نيل الأوطار ٧/ ٨٠].

الثَّانية: أن يدرك المالك الأرض والزَّرع قائمٌ لم يحصد، فالمذهب: أنَّ المالك لا يملك إجبار الغاصب على قلعه، وهو مخيَّرٌ بين تركه إلى الحصاد بأجرته، وبين أخذه بعوضه؛ لما روى رافع بن خديج قال: قال رسول الله ﷺ: «من زرع في أرض قومٍ بغير إذنهم، فليس له من الزَّرع شيءٌ وله نفقته» رواه أبو داود، والتِّرمذيُّ وحسَّنه، وابن ماجه، والبيهقيُّ، وحسَّنه البخاريُّ، فيما نقل التِّرمذيُّ.

فدلَّ الحديث: أنَّ الزَّرع لمالك الأرض، وعليه النَّفقة للغاصب، وأنَّ الغاصب لا يجبر على قلعه. [انظر: نيل الأوطار ٧/ ٨٠].

ولأنَّه أمكن ردُّ المغصوب إلى مالكه من غير إتلاف مال الغاصب... كما لو غصب سفينةً فحمل فيها ماله، فأدخلها البحر، فإنَّه لا يجبر على ردِّ المغصوب في اللُّجَّة.

وذهب بعض المالكيَّة: والشَّافعيَّة، وبعض الحنابلة: أنَّ صاحب الأرض يملك إجبار الغاصب على قلع الزَّرع، والزَّرع للغاصب، وعليه الأجرة، واستدلُّوا بحديث: «ليس لِعِرْقٍ ظالمٍ حقٌّ»، وتقدَّم تخريجه قريبًا.

ونوقش الاستدلال بهذا الحديث: بأنَّه واردٌ في الغرس الَّذي له عرقٌ مستطيلٌ في الأرض حيث إنَّ مدته تطول، ولا يعلم متى ينقطع من الأرض، فانتظاره يؤدِّي إلى ترك الأصل بالكليَّة.

فالأقرب: قول الحنابلة. [انظر: القوانين لابن جزيٍّ ص ٣٥٩، روضة الطَّالبين ٥/ ٤٦، المغني ٧/ ٣٧٩، الإنصاف ٦/ ١٣١].

(١) فيأخذ من الغاصب أجرة الأرض، وأرش نقصها؛ لأنَّه شغلها بماله.

وبينَ أخذِهِ بنفقتِهِ[(١)]، وهي مِثلُ بَذْرِه وعِوضِ لواحِقِهِ[(٢)].

(وَلَوْ غَصَبَ جَارِحًا، أَوْ عَبْدًا، أَوْ فَرَسًا[(٣)]؛ فَحَصَلَ بِذَلِكَ) الجارحِ أو العبدِ أو الفرسِ **(صَيْدٌ[(٤)]؛ فَلِمَالِكِهِ)**، أي: مالكِ الجارحِ ونحوِهِ[(٥)]؛ لأنَّه بسببِ مِلكِهِ فكان له[(٦)].

---

(١) أي: وبين أخذ المالك الزَّرع بنفقته يدفعها إلى الغاصب، ويكون له الزَّرع، كما يستحقُّ الشَّفيع أخذ شجر المشتري بقيمته.

(٢) من حرثٍ وسقيٍ ونحوهما.

ورطبةٌ، ونعناعٌ، وبقولٌ ونحوها ممَّا يُجزُّ مرَّةً بعد أخرى، أو يتكرَّر حمله، وباذنجانٌ كزرعٍ فيما تقدَّم.

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص ١٦٤: (ومن زرع بلا إذن شريكه، والعادة بأنَّ من زرع فيها له نصيبٌ معلومٌ ولربِّها نصيبٌ؛ قسم ما زرعه في نصيب شريكه كذلك، ولو طلب أحدهما من الآخر أن يزرع معه أو يهايئه فللأوَّل الزَّرع في قدر حقِّه بلا أجرةٍ).

(٣) أو قوسًا، أو سهمًا.

(٤) أو غَنِمَ على الفرس ونحوه.

(٥) كالعبد والفرس، وغيرهما.

(٦) وهذا هو المذهب؛ لما علَّل به المصنِّف.

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٥/ ١٦٤: (وقيل: هو للغاصب وعليه الأجرة، وهو احتمالٌ في المغني، قال الحارثيُّ: وهو قويٌّ... وقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: يتوجَّه فيما إذا غصب فرسًا وكَسَبَ عليه مالًا أن يجعل الكسب بين الغاصب ومالك الدَّابَّة على قدر نفعهما، بأن تقوَّم منفعة الرَّاكب ومنفعة الفرس، ثمَّ يقسم الصَّيد بينهما...).

وكذا لو غَصَب شبكةً أو شَرَكًا وصاد به، ولا أجرةَ لذلك[١]، وكذا لو كَسَب العبدُ[٢].

بخلافِ ما لو غَصَب مِنجَلًا[٣] وَقَطَع به شَجرًا أو حَشيشًا؛ فهو للغاصِبِ؛ لأنَّه آلةٌ، فهو كالحبلِ يُربَطُ به.

(وَإِنْ ضَرَبَ المَصُوغَ) المغصوبَ[٤]، (وَنَسَجَ الغَزْلَ[٥]، وَقَصَرَ الثَّوْبَ[٦]، أَوْ صَبَغَهُ، وَنَجَرَ الخَشَبَةَ) بابًا، (وَنَحْوَهُ[٧]، أَوْ صَارَ الحَبُّ زَرْعًا، وَ) صارت (البَيْضَةُ فَرْخًا[٨]، وَ) صار (النَّوَى غَرْسًا؛ رَدَّهُ وَأَرْشَ نَقْصِهِ) إن نَقَص، (وَلَا شَيْءَ لِلغَاصِبِ) نظيرَ عَمَلِهِ، ولو زاد به المغصوبُ[٩]؛ لأنَّه تَبرُّعٌ في مِلكِ

---

(١) بناءً على المذهب، قدَّمه الحارثيُّ، وقال: هو الصَّحيح؛ لأنَّ منافع المغصوب في هذه المدَّة عادت إلى المالك، فلم يستحقَّ عوضها على غيره.

والوجه الثَّاني: يلزمه. [انظر: المصدر السَّابق].

(٢) في الإنصاف ١٥/ ١٦٥: (صيد العبد المغصوب، وسائر أكسابه للسَّيِّد بلا نزاعٍ، وفي لزوم أجرته مدَّة اصطياده الوجهان المتقدِّمان...).

(٣) في المطلع ص ٣٨٥: (الآلة الَّتي يحصد بها الحشيش والزَّرع، وميمه زائدةٌ، من النَّجل، وهو الرَّمي...).

(٤) أي: ضرب الفضَّة دراهم، والحديد مسامير، ونحو ذلك.

(٥) جعله ثوبًا مثلًا.

(٦) في المطلع ص ٢٦٥: (القصَّار:... الَّذي يبيِّض الثِّياب بالغسل والطَّبخ ونحوهما...).

(٧) كرفوفٍ.

(٨) بجعلها تحت دجاجةٍ، أو بمعالجةٍ.

(٩) وهذا هو المذهب؛ لما علَّل به المؤلِّف.

غيرِه، وللمالكِ إجبارُه على إعادةِ ما أمكنَ ردُّهُ إلى الحالةِ الأُولى[(١)]؛ كحُلِيٍّ ودراهمَ ونحوِها.

(وَيَلْزَمُهُ) أي: الغاصبَ (ضَمَانُ نَقْصِهِ)، أي: المغصوبِ، ولو بنباتِ لحيةِ أمرَدَ، فيَغرَمُ ما نَقَص مِن قيمتِهِ[(٢)].

وعن الإمام أحمد: أنَّ الغاصب يكون شريكًا في الزِّيادة، اختاره شيخ الإسلام؛ لأنَّها حصلت بمنافعه.

وقيل: للغاصب أجرة عمله فقط إذا كانت الزِّيادة مثلها فصاعدًا، أومأ إليه ابن أبي موسى.

وقال أبو بكرٍ: يملكه وعليه قيمته قبل تغيُّره، وهو روايةٌ نقلها محمَّد بن الحكم. [انظر: الإنصاف مع الشَّرح ١٥/١٦٧].

(١) هذه المسألة تنقسم إلى قسمين:

الأوَّل: ما يمكن ردُّه إلى الحالة الأولى كالحلي والأواني والدَّراهم، فللمالك إجباره على الإعادة.

الثَّاني: ما لا يمكن ردُّه إلى الحالة الأولى كالأبواب والفخَّار ونحوهما، فليس للغاصب إفساده، ولا للمالك إجباره. [انظر: المصدر السَّابق].

(٢) وهذا هو المذهب؛ أنَّه إذا غيَّر الغاصب صفة العين المغصوبة لزم ردُّه، وعليه أرش نقصه، ولا شيء للغاصب فيما أضافه على المغصوب.

لأنَّ العين المغصوبة ما زالت قائمةً فلزم الغاصب ردُّها لصاحبها، وصار كما لو ذبح الغاصب الشَّاة ولم يشوها؛ ولأنَّه لو حصل التَّغيير بغير فعل آدميٍّ لما زال ملك صاحبه عنه، فكذلك الأمر لو حصل بفعل آدميٍّ.

وعند الحنفيَّة:

أ- إذا نقص المغصوب بسبب فوات جزءٍ من أجزاء العين كالسَّمع واليد والأذن مضمونٌ على جميع الأحوال.

....

ب - أن يكون فوات وصفٍ مرغوبٍ فيه كحنطةٍ عفنت، أو إناء فضَّة هشم فيضمن، وهذا في غير الأموال الرِّبويَّة.

وأمَّا في الأموال الرِّبويَّة فيخيَّر المالك بين أخذ العين المغصوبة من غير زيادةٍ عليها، وبين تضمين الغاصب مثل المغصوب أو خلاف جنسه.

جـ - أن يكون النَّقص بفوات معنًى مرغوبٍ فيه، كالعبد المحترف إذا نسي الحرفة في يد الغاصب فيجب الضَّمان إذا كان النُّقصان قليلًا، أمَّا إذا كان كثيرًا فيخيَّرُ المالك بين أخذه وتركه مع أخذ جميع قيمته.

د- إذا تغيَّرت عين المغصوب وانقلبت من حالٍ إلى حالٍ كما لو صار العصير خَلًّا، أو العنب زبيبًا، أو الرُّطب تمرًا، يخيَّر المغصوب منه بين أخذ عينه ولا شيء له، وإن شاء ضمن الغاصب مثل المغصوب.

هـ - إذا تغيَّرت العين المغصوبة بفعل الغاصب ممَّا تسبَّب في زوال اسمها وأعظم منافعها، فيتملَّك الغاصب العين، ويلزم بضمانها لصاحبها، ولا يحلُّ له الانتفاع بها حتَّى يؤدِّي بدلها: المثل إن كانت من المثليَّات، والقيمة إن كانت من القيميَّات، وذلك كمن غصب شاةً فشواها، أو طبخها، أو دقيقًا فخبزه.

و - إن استغلَّ الغاصب المغصوب بأن كان عربةً فأجراها ضمن نقصها.

وعند المالكيَّة:

إذا حصل نقصٌ في العين المغصوبة دون أن يؤثِّر ذلك على قيمة العين، فليس للمالك إلَّا ملكه؛ لعدم تضرُّره.

إذا تعيَّب المغصوب بيد الغاصب بسبب أمرٍ سماويٍّ فالمالك مخيَّرٌ بين أن يضمن الغاصب قيمة عينه يوم غصبها، أو يأخذها معيبةً ولا شيء له، وإن كان العيب ناتجًا عن جنايةٍ متعمَّدةٍ فالمالك مخيَّرٌ بين أخذ قيمة المغصوب يوم غصبه، أو أخذه مع أرش النَّقص.

وإن جُنِي عليه ضَمِنه بأكثرِ الأمرين: ما نَقَص مِن قيمتِهِ، وأرشِ الجنايةِ[1]؛ لأنَّ سَبَب كلٍّ واحدٍ منهما قد وُجِد، فَوَجَب أن يَضمَنَهُ بأكثرِهما.

وعند الشَّافعيَّة: النَّقص الحادث في العين المغصوبة ضربان:

ما لا سراية له، فيلزم الغاصب بأرش النَّقص وردٌّ باقي أجزاء العين، ولا فرق بين أن تفوت معظم منافع المغصوب كقطع يدي العبد، أو لا تفوت، ولا بين أن يبطل بالجناية عليه الاسم الأوَّل كذبح الشَّاة وطحن الحنطة، فالشَّاة تصبح لحمًا، والحنطة دقيقًا، أو لا يبطل.

ولو أراد المغصوب منه ترك العين بيد الغاصب وتضمينه فليس له ذلك؛ لأنَّ المغصوب عين ملكه، فليس له إلَّا أخذه مع الأرش.

ما له سرايةٌ إلى الهلاك كما لو ابتلَّت الحنطة بيد غاصبها؛ أو غصب سَمْنًا وتمرًا ودقيقًا فعمله حلوَى، وما أشبه ذلك، فلهم أربعة أقوالٍ:

أظهرها: أنَّ العين المغصوبة تعتبر كالهالكة، ويغرم الغاصب بدل المغصوب كلِّه سواءٌ كان مثليًّا أو قيميًّا.

والقول الثَّاني: يردُّ الغاصب العين مع أرش النَّقص، وليس للمالك إلَّا ذلك. [انظر: بدائع الصَّنائع ٩/ ٤٤٢٢، مجمع الضَّمانات ص ١٣٣، تبيين الحقائق ٥/ ٢٢٥، روضة الطَّالبين ٥/ ٣١، مغني المحتاج ٢/ ٢٨٧، الإنصاف ٦/ ١٩٦، كشَّاف القناع ٤/ ٩٠].

(١) أي: يضمن الجاني أكثر الأمرين ممَّا نقص من قيمة العبد المغصوب بالجناية أو أرش الجناية، وهذا هو المذهب.

وعنه: أنَّه يضمن بما نقص، اختارها الخلَّال وابن عقيلٍ وشيخ الإسلام. [انظر: الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٥/ ١٨٠، الاختيارات ص١٦٣].

وإن كان الجاني غير الغاصب فضمَّنه المالك رجع على الجاني بأرش الجناية فقط، وما زاد استقرَّ على الغاصب، وتقدَّمت بقيَّة المذاهب قريبًا.

(وَإِنْ خَصَى الرَّقِيقَ رَدَّهُ مَعَ قِيمَتِهِ)؛ لأنَّ الخُصيَتَيْنِ يجبُ فيهما كمالُ القيمةِ؛ كما يجبُ فيهما كمالُ الدِّيَةِ مِن الحرِّ[1]، وكذا لو قَطَع منه ما فيه دِيَةٌ، كيديهِ، أو ذَكَرِهِ، أو أنفِهِ.

(وَمَا نَقَصَ بِسِعْرٍ؛ لَمْ يَضْمَنْ)[2]؛ لأنَّه ردَّ العينَ بحالها، لم يَنْقُصْ منها عينٌ ولا صِفةٌ، فلم يَلزَمْهُ شيءٌ.

(وَلَا) يَضمَنُ نَقصًا حَصَل (بِمَرَضٍ) إذا (عَادَ) إلى حالِهِ (بِبُرْئِهِ) مِن

---

(١) ولو زادت قيمته بالخصاء، ولا يملكه الجاني؛ لأنَّ المتلَف البعض، والمضمون هو المفوَّت، فلا يزول الملك بالضَّمان.

وإن كان المغصوب دابَّةً ضمن ما نقص من قيمتها.

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما علَّل به المؤلِّف، كثوبٍ يساوي مائةً فغصبه ولم يردُّه حتَّى نقص سعره، فصار يساوي ثمانين؛ لأنَّ نقص السِّعر ليس بنقصان المغصوب، بل لفتورٍ يحدثه الله في قلوب العباد. [انظر: بدائع الصَّنائع ٧/ ١٥٥، منح الجليل ٣/ ٥٣٧، مغني المحتاج ٢/ ٢٨٧].

وعند بعض أصحاب الشَّافعيِّ، وهو روايةٌ عن الإمام أحمد، وبه قال أبو ثورٍ، واختاره شيخ الإسلام: أنَّ الغاصب ملزمٌ بضمان نقص السِّعر؛ لضرر المغصوب منه؛ ولأنَّ السِّعر صفةٌ في العين وقد فاتت. [انظر: المصادر السَّابقة، الاختيارات ص ١٦٣].

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٥/ ١٨٧: (وقال الحارثيُّ بعد أن حكى الرِّوايتين: وهذا كلُّه ما لم يتَّصل التَّلف بالزِّيادة، فإن اتَّصل بأن غصب ما قيمته مائةٌ فارتفع السِّعر إلى مائتين وتلفت العين ضمن المائتين وجهًا واحدًا، إذ الضَّمان معتبرٌ بيوم التَّلف، وإن كان مثليًّا فالواجب المثل بلا خلافٍ...). وهو قول الشَّافعيَّة.

المرضِ؛ لزوالِ مُوجِبِ الضمانِ[١]، وكذا لو انقَلَعَ سِنُّه ثم عاد[٢].

فإن ردَّ المغصوبَ مَعيبًا، وزال عَيبُهُ في يدِ مالِكِهِ، وكان أخَذَ الأرشَ؛ لم يَلزَمْهُ رَدُّه[٣]؛ لأنَّه استقرَّ ضَمانُه بردِّ المغصوبِ، وإن لم يَأخُذْهُ لم يَسقُطْ ضَمانُه لذلك[٤].

(وَإِنْ عَادَ) النقصُ (بِتَعْلِيمِ صَنْعَةٍ)[٥]؛ كما لو غَصَب عَبدًا سَمينًا قيمتُه مائةٌ، فهُزِلَ فصار يُساوي تِسعين، وتَعَلَّم صَنعةً فزادت قِيمتُه بها عشرةً؛ (ضَمِنَ النَّقْصَ)[٦]؛ ....

(١) وهذا هو المذهب، وبه قال الشَّافعيَّة، وكذا لو نسي صنعةً، ثمَّ تعلَّمها، وهذا هو المذهب، والأصحُّ عند الشَّافعيَّة كما في المنهاج مع مغني المحتاج ٢/ ٢٩٠.

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٥/ ١٨٧: (وحكى الحارثيُّ وجهًا للشَّافعيَّة بالضَّمان قال: وهو عندي قويٌّ، بل أقوى، وردَّ أدلَّة الأصحاب، والظَّاهر أنَّه لم يطَّلع على ما ذكره صاحب الفروع من النَّصِّ...)، وتقدَّمت بقيَّة المذاهب قريبًا.

(٢) لزوال النَّقص بعود السِّنِّ عند الغاصب.

(٣) أي: لم يلزم المالك ردُّ الأرش المأخوذ من الغاصب، جزم به الموفَّق والشَّارح وغيرهما.

(٤) أي: وإن لم يأخذ المالك الأرش من الغاصب، ثمَّ زال العيب في يد المالك لم يسقط الأرش؛ لاستقراره بالرَّدِّ بخلاف ما لو برئ قبل ردِّه.

وفي الإنصاف مع الشَّرح ١٥/ ١٨٨: (وما يذكر من الاستقرار فغير مسلَّم، والصَّواب -إن شاء الله تعالى- الوجوب بقدر النَّقص الحادث في المدَّة، ويجب ردُّ ما زاد إن كان...).

(٥) بزيادةٍ حاصلةٍ من غير جنس الذَّاهب.

(٦) الحاصل بالهزال.

لأنَّ الزيادةَ الثانيةَ غيرُ الأُولَى[١].

(وَإِنْ تَعَلَّمَ) صَنعةً زادت بها قِيمتُهُ عندَ الغاصِبِ، **(أَوْ سَمِنَ)** عندَه؛ **(فَزَادَتْ قِيمَتُهُ، ثُمَّ نَسِيَ)** الصَّنعةَ **(أَوْ هُزِلَ فَنَقَصَتْ)** قِيمتُهُ؛ **(ضَمِنَ الزِّيَادَةَ)**[٢]؛ لأنَّها زيادةٌ في نَفسِ المغصوبِ، فلَزِم الغاصِبَ ضمانُها؛ كما لو طالَبَه بردِّها فلم يَفعَلْ[٣]، و**(كَمَا لَوْ عَادَتْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ الأَوَّلِ)**[٤]؛ بأن غَصَب عبدًا، فَسَمِن وصار يُساوي مائةً[٥]، ثم هُزِلَ فصار يُساوي تسعين[٦]، فتعلَّم صَنعةً فصار يُساوي مائةً؛ ضَمِن نَقصَ الهُزالِ؛ لأنَّ الزيادةَ الثانيةَ غيرُ الأُولى[٧].

---

(١) لأنَّ ما ذهب لم يعد، بل حصلت صفةٌ جديدةٌ تكون للمالك، وجبر النَّقص لم يكن بزوال النَّاقص.

وهذا هو المذهب.

وقيل: لا يضمنه. [انظر: المصدر السَّابق].

(٢) وهذا هو المذهب، وهو مذهب الشَّافعيَّة.

وعن الإمام أحمد: إن ردَّه بعينه لم يلزمه شيءٌ. [انظر: المصدر السَّابق، مغني المحتاج ٢/ ٢٩٠].

(٣) أي: كما لو طالبه بردِّ العين حال تلك الزِّيادة، فلم يفعل الغاصب.

وتقدَّم كلام الأئمَّة في نقص المغصوب قريبًا.

(٤) أي: وكما لو عادت الزِّيادة في المغصوب من غير جنس النَّقص الأوَّل، وهو يلزمه ضمانه؛ لأنَّه لم يعد ما ذهب.

(٥) بيد الغاصب.

(٦) بيد الغاصب.

(٧) وهذا هو المذهب.

وقيل: يسقط الضَّمان. [انظر: الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٥/ ١٩٣].

وإن غصبه مُفرِطًا في السِّمَن، ثمَّ هزل فزادت قيمته، أو لم تنقص ولم تزد

(وَ) إن كانت الزيادةُ الثانيةُ (مِنْ جِنْسِهَا)، أي: جِنسِ الزيادةِ الأُولى، كما لو نَسِيَ صنعةً ثم تعلَّمها[(١)]، ولو صَنعةً[(٢)] بَدَل صَنعةٍ؛ (لَا يَضْمَنُ)؛ لأنَّ ما ذَهَب عاد، فهو كما لو مَرِض ثم بَرِئ[(٣)]، (إِلَّا أَكْثَرَهَا)، يعني إذا نَسِيَ صَنعةً وتَعلَّم أخرى، وكانت الأُولى أكثرَ؛ ضَمِن الفَضلَ بينهما[(٤)]؛ لفواتِهِ وعدمِ عودِهِ.

وإن جَنى المغصوبُ فعلى غاصِبِهِ أَرشُ جنايتِهِ[(٥)].

  

ردَّه ولا شيء عليه؛ لعدم النَّقص، وبه قال الشَّافعيَّة. [انظر: مغني المحتاج ٢/ ٢٩٠].

(١) لأنَّ العلم الثَّاني هو الأوَّل، وتقدَّم قريبًا.

(٢) كما لو تعلَّم حدادةً بدل خياطةٍ ونحو ذلك؛ لأنَّ الصَّنائع كلَّها جنسٌ من أجناس الزِّيادة في الرَّقيق.

(٣) لزوال الموجب للضَّمان في يده، وتقدَّم قريبًا.

(٤) كأن غصبَ عبدًا كاتبًا يساوي مائةً، فنسيها، وصار يساوي ثمانين فتعلَّم الخياطة فصار يساوي تسعين.

(٥) إذا جنى العبد المغصوب فجنايته مضمونةٌ على الغاصب؛ لأنَّه نقصٌ في العبد الجاني؛ لكون الجناية تتعلَّق برقبته، وسواءٌ في ذلك ما يوجب القصاص أو المال.

وفي الإنصاف مع الشَّرح ١٥/ ١٩٧: (إن جنى على غير سيِّده فعلى الغاصب أرش الجناية بلا نزاعٍ... وإن جنى على سيِّده فعلى الغاصب أيضًا أرش الجناية على الصَّحيح من المذهب.

وقيل: لا يضمن جنايته على سيِّده لتعلُّقها برقبته...).

(فَصْلٌ)[١]

(وَإِنْ خُلِطَ) المغصوبُ بما يَتميَّزُ؛ كحنطةٍ بشعيرٍ، وتمرٍ بزبيبٍ؛ لَزِم الغاصِبَ تخليصُهُ، وردُّهُ، وأجرةُ ذلك عليه[٢].

و(بِمَا لَا يَتَمَيَّزُ؛ كَزَيْتٍ، أَوْ حِنْطَةٍ، بِمِثْلِهِما)؛ لَزِمه مِثلُه منه[٣]؛ ......

---

(١) أي: في حكم ما إذا خلط المغصوب، أو صبغه، أو أطعمه لمالكه، وفي حكمه إذا تلف وغير ذلك. [انظر: حاشية ابن قاسمٍ ٥/ ٣٩٦].

(٢) إذا خلط الغاصب أو غيره المغصوب فلا يخلو من أمرين:

الأوَّل: أن يمكن تمييز بعضه من بعضٍ كحنطةٍ بشعيرٍ، أو تمرٍ بزبيبٍ، لزم الغاصب تخليص بعضه من بعضٍ إن أمكن، وردُّه إلى مالكه، والأجرة على الغاصب؛ لأنَّه بسبب تعدِّيه.

(٣) الثَّاني: ألَّا يمكن تمييز بعضهما من بعض كزيتٍ بمثله، فالمذهب: أنَّه يلزمه مثله منه؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند الشَّافعيَّة: أنَّه يكون كالهالك، فالغاصب يغرم للمغصوب منه من غير المخلوط، وله أن يعطيه من المخلوط إن خلطه بمثله، أو أجود منه، لا أردأ؛ لأنَّه دون حقِّه، إلَّا برضاه.

وعن الإمام أحمد، وبه قال بعض الشَّافعيَّة: أنَّهما يشتركان، اختاره ابن حامدٍ وابن قدامة وصاحب الشَّرح الكبير؛ لأنَّه قدر على دفع بعض ماله إليه مع ردِّ المثل في الباقي، فلم ينتقل إلى المثل في الجميع، كما لو غصب صاعًا وتلف بعضه، وذلك لأنَّه إذا دفع إليه منه فقد دفع إليه بعض ماله وبدل الباقي، فكان أولى من دفعه من غيره. [انظر: مغني المحتاج ٢/ ٢٩٢، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/ ٢٠٢].

لأنَّه مِثلي، فيجبُ مِثلُ مَكيلِهِ.

وبدونِهِ أو خَيرٍ منه[١] أو بغيرِ جنسِهِ؛ كزيتٍ بشيرَجٍ[٢]؛ فهما شَريكان بقدْرِ مِلكَيْهما[٣]، فيُباعُ ويُعطى كلُّ واحِدٍ قدرَ حِصتِهِ[٤].

وإن نَقَص المغصوبُ عن قيمتِهِ مُنفرِدًا؛ ضَمِنه الغاصِبُ[٥].

(أَوْ صَبَغَ) الغاصِبُ (الثَّوْبَ، أَوْ لَتَّ سَوِيقًا) مَغصوبًا (بِدُهْنٍ) مِن زيتٍ أو نحوِهِ[٦]، (أَوْ عَكْسُهُ)، بأن غَصَب دُهنًا ولتَّ به سَويقًا، (وَلَمْ تَنْقُصِ القِيمَةُ)، أي: قيمةُ المغصوبِ، ....

---

(١) من جنسه.

(٢) ودقيق حنطةٍ بدقيق شعيرٍ.

(٣) وهذا هو المذهب.

وقال القاضي: قياس المذهب: أنَّه يلزم الغاصب مثله؛ لأنَّه صار بالخلط مستهلكًا. [انظر: المصدر السَّابق].

(٤) وفي الاختيارات ص ١٦٢: (قال أبو العبَّاس: سئلت عن قومٍ أخذت لهم غنمٌ أو غيرها من المال، ثمَّ ردَّت عليهم أو بعضها، وقد اشتبه ملك بعضهم ببعضٍ؟ قال: فأجبت: أنَّه إن عرف قدر المال تحقيقًا قسم الموجود عليهم على قدره، وإن لم يعرف إلَّا عدده قسم على قدر العدد؛ لأنَّ المالين إذا اختلطا قسما بينهم، وإن كان كلُّ واحدٍ منهم يأخذ عين ما كان للآخر؛ لأنَّ الاختلاط جعلهم شركاء...

وعلى هذا: فسواءٌ اختلطت غنم أحدهما بالآخر عمدًا أو خطأً يقسم المالان على العدد إذا لم يعرف الرُّجحان، وإن عرف وجهل قدره أثبت منه القدر المتيقَّن، وأسقط الزَّائد المشكوك فيه لأنَّ الأصل عدمه). اهـ.

(٥) لأنَّه حصل بفعله.

(٦) من مال الغاصب.

(**وَلَمْ تَزِدْ؛ فَهُمَا شَرِيكَانِ بِقَدْرِ مَالَيْهِمَا فِيهِ**)[(١)]؛ لأنَّ اجتماعَ المِلكَيْنِ يَقتضي الاشتراكَ[(٢)]، فيُباعُ ويوزَّعُ الثمنُ على القِيمَتَينِ[(٣)].

(**وَإِنْ نَقَصَتِ القِيمَةُ**) في المغصوبِ (**ضَمِنَهَا**) الغاصبُ؛ لتعدِّيه[(٤)].

(**وَإِنْ زَادَتْ قِيمَةُ أَحَدِهِمَا فَلِصَاحِبِهِ**)، أي: لصاحبِ المِلكِ الذي زادت قيمتُهُ؛ لأنَّها تبعٌ للأصلِ[(٥)].

---

(١) في الإنصاف مع الشرح ١٥/ ٢٠٧: (فائدةٌ: وإن غصب ثوبًا فصبغه أو سويقًا فَلَتَّه بزيتٍ فنقصت قيمتهما أو قيمة أحدهما؛ ضمن النَّقص، وإن لم تنقص ولم تزد، أو زادت قيمتها، فهما شريكان بقدر ماليهما، وإن زادت قيمة أحدهما فالزِّيادة لصاحبه، هذه الجملة لا خلاف فيها...).

وذلك مثل أن تكون قيمة كلٍّ واحدٍ منهما خمسة، فصارت قيمتهما بعد الصَّبغ عشرةً.

وعند الحنفيَّة: إذا لَتَّ سويقًا يخيَّر المالك إن شاء ضمنه مثل السَّويق، وإن شاء أخذ الملتوت وغرم مثل السَّمْن. [انظر: حاشية ابن عابدين ٥/ ١٣٦].

(٢) ولأنَّ الصِّبغ والزَّيت عين مال له قيمةٌ فاقتضى الاشتراك.

(٣) قيمة الثَّوب وقيمة الصِّبغ، أو قيمة السَّويق وقيمة الزَّيت، ونحو ذلك.

(٤) كما لو أتلفه أو بعضه.

(٥) فإن كان ذلك لزيادة الثِّياب في السُّوق كانت الزِّيادة لصاحب الثَّوب، وإن كان لزيادة الصِّبغ كانت الزِّيادة لصاحب الصِّبغ؛ وإن كانت لزيادتهما معًا فبينهما.

وإن زاد بالمال فالزِّيادة بينهما؛ لأنَّ عمل الغاصب زاد به في الثَّوب والصِّبغ، وما عمله في المغصوب للمغصوب منه إذا كان أثرًا، وزيادة مال الغاصب له. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/ ٢٠٩].

(وَلَا يُجْبَرُ مَنْ أَبَى قَلْعَ الصِّبْغِ) إذا طَلَبه صاحِبُهُ[١]، وإن وَهَب الصِّبغَ لمالكِ الثوبِ لَزِمَه قبولُهُ[٢].

(وَلَوْ قُلِعَ غَرْسُ الْمُشْتَرِي أَوْ بِنَاؤُهُ لاسْتِحْقَاقِ الأَرْضِ) أي: لخروجِ الأرضِ مستحَقَّةً للغيرِ[٣]؛ (رَجَعَ) الغارِسُ أو الباني إذا لم يَعلَمْ بالحالِ ....

---

(١) فلو أراد صاحب الصِّبغ قلعه، أو أراد ذلك صاحب الثَّوب؛ لم يجبر الآخر عليه؛ لأنَّ فيه إتلافًا لملكه.

وإن أراد المالك بيع الثَّوب فله ذلك، وله تملُّكه بقيمته.

وعند الحنفيَّة: أنَّ الغاصب إذا صبغ الثَّوب أنَّ المالك مخيَّرٌ إن شاء ضمَّنه قيمة الثَّوب دون الصِّبغ، وإن شاء أخذ المصبوغ وغرم الزِّيادة الحاصلة بسبب الصِّبغ.

وعند الشَّافعيَّة: إن أمكن فصل الصِّبغ أجبر عليه الغاصب في الأصحِّ قياسًا على الغراس والبناء، ولو تركه الغاصب للمالك لم يجبر على قبوله في أصحِّ الوجهين، ولو رضي المالك بإبقائه كان للغاصب الفصل، وإذا تراضيا على الإبقاء فهما شريكان.

وإن كان لا يمكن فصله، فإن لم تزد قيمة المغصوب فلا شيء للغاصب، وإن زادت اشتركا، وإن نقصت لزمه الأرش. [انظر: حاشية ابن عابدين ٦/باب الغصب، مغني المحتاج ٢/ ٢٩٢].

(٢) والضَّابط: أنَّ هبة الأوصاف والمعاني يجب قبولها على المذهب.

ومثل ذلك: صبغ الدَّار، ونسج الغزل، وعمل حديد أوانيَ ونحو ذلك؛ لأنَّ ذلك من صفات العين فهو كزيادة الصِّفة في المسلَم فيه.

والوجه الثَّاني: لا يجبر على قبوله؛ لأنَّها أعيانٌ متميِّزةٌ فأشبهت الغراس. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/ ٢١٣].

(٣) فالمذهب: أنَّ للمالك قلع الغرس والبناء من غير ضمان النَّقص، ولا

(عَلَى بَائِعِهَا) له (بِالغَرَامَةِ)[(١)]؛ لأنَّه غَرَّهُ وأَوْهَمَهُ أنّها مِلكُهُ ببيعِها له.

(وَإِنْ أَطْعَمَهُ) الغاصِبُ (لِعَالِمٍ بِغَصْبِه؛ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِ)[(٢)]؛ لأنَّه أتلف مالَ الغيرِ بغيرِ إذنِهِ مِن غيرِ تَغريرٍ[(٣)]، وللمالكِ تَضمينُ الغاصِبِ؛ لأنَّه حالَ بينه وبينَ مالِهِ[(٤)]، وقرارُ الضَّمانِ على الآكلِ[(٥)].

(وَعَكْسُهُ بِعَكْسِهِ)، فإن أطعمه لغيرِ عالمٍ؛ فقرارُ الضمانِ على الغاصِبِ؛ لأنَّه غَرَّ الآكلَ[(٦)].

الأخذ بالقيمة.

وعن الإمام أحمد: لا يقلع، بل يأخذه بقيمته، قال ابن رجبٍ: هذا الصَّحيح، ولا يثبت عن أحمد سواه.

وعنه روايةٌ أخرى: لربِّ الأرض قلعه إن ضمن نقصه، ثمَّ يرجع به على البائع. [انظر: قواعد ابن رجبٍ، القاعدة السَّابعة والسَّبعين، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/ ٢٤٢].

(١) في الإنصاف: (وهذا بلا نزاعٍ على القول بجواز القلع...).

وفي الشَّرح: (لأنَّه ببيعه إيَّاه غرَّهُ وأوهمه أنَّها ملكه، وكان ذلك سببًا في بنائه وغرسه، فرجع عليه بما غرمه عليها كرجوعه بما أعطاه من ثمنها...).

(٢) أي: على الآكل، وفي الإنصاف مع الشَّرح ١٥/ ٢٤٣: (وهذا بلا نزاعٍ).

(٣) أي: على الآكل، وكذا أكله بلا إذنه.

(٤) وله تضمين الآكل؛ لأنَّه أتلف مال غيره بغير إذنه، وقبضه من يد ضامنه بغير إذن مالكه.

(٥) وذلك أنَّ المالك إن ضمَّن الغاصب رجع الغاصب على الآكل، وإن ضمَّن المالك الآكل لم يرجع الآكل على أحدٍ.

(٦) والمذهب: ولو لم يقل الغاصب: كُلْه فإنَّه طعامي؛ لأنَّ الظَّاهر أنَّ الإنسان إنَّما يتصرَّف فيما يملكه، وقد أكله على أنَّه لا يضمنه فاستقرَّ الضَّمان

(وَإِنْ أَطْعَمَهُ) الغاصبُ (لِمَالِكِهِ[١]، أَوْ رَهَنَهُ) لمالكِهِ، (أَوْ أَوْدَعَهُ) لمالكِهِ،

على الغاصب لتغريره؛ ولم يحرم على الآكل؛ لأنَّه لم يعلم بغصبه.

والوجه الثَّاني: أنَّه إذا لم يقل: هو طعامي، بل قال: كل، يستقرُّ على الآكل، وهو قول أبي حنيفة، والشَّافعيِّ؛ لأنَّه ضمن ما أتلف، فلم يرجع به على أحدٍ. [انظر: المغني ٧/٤١٩، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/٢٤٦].

(١) في الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٥/ ٢٤٥: (اعلم أنَّه إذا أطعمه لمالكه فأكله عالـمًا أنَّه طعامه برئ غاصبه، وكذا لو أكله بلا إذنه، فإن لم يعلم وقال له الغاصب: كُلْه فإنَّه طعامي لم يبرأ الغاصب أيضًا، وإن لم يقل ذلك بل قدَّمه إليه، وقال: كُلْه، فجزم المصنِّف - ابن قدامة - أنَّه لا يبرأ... وهو المذهب.. قال المصنِّف وتبعه الشَّارح: ويتخرَّج أن يبرأ بناءً على ما إذا أطعمه لأجنبيٍّ... فإنَّه يستقرُّ الضَّمان على الآكل في أحد الوجهين).

قال ابن القيِّم في إعلام الموقِّعين ٣/ ٣١٩: (ومن الحيل الباطلة إذا غصبه طعامًا، ثمَّ أراد أن يبرأ منه، ولا يعلمه به، فليدعه إلى داره، ثمَّ يقدِّم له ذلك الطَّعام، فإذا أكله برئَ الغاصب، وهذه الحيلة باطلةٌ، فإنَّه لم يملِّكه إيَّاه ولا مكَّنه من التَّصرُّف فيه، فلم يكن بذلك رادًّا لعين ماله إليه)، وقال أيضًا: (لو أهداه إليه فقبله وتصرَّف فيه، وهو لا يعلم أنَّه ماله، فإن خاف من إعلامه ضررًا يلحقه منه برئَ بذلك، وإن لم يخف ضررًا إنَّما أراد المنَّة عليه ونحو ذلك لم يبرأ، لا سيَّما إذا كافأه على الهديَّة فقبل، فهذا لا يبرأ قطعًا).

وفي الإنصاف مع الشَّرح ١٥/ ٢٤٥: (نصَّ - أي الإمام أحمد - في رجلٍ له عند رجلٍ تبِعةٌ فأوصلها إليه على أنَّها صلةٌ أو هديَّةٌ ولم يعلم كيف هذا).

وإن أخذه المالك بقرضٍ، أو شراءٍ، أو هبةٍ، أو هديَّةٍ، أو صدقةٍ، أو إباحةٍ ولم يعلم لم يبرأ.

وقال المجد: وإن باعه منه برئَ قولًا واحدًا؛ لأنَّ قبض المبيع مضمونٌ على المشتري.

(أَوْ آجَرَهُ إِيَّاهُ، لَمْ يَبْرَأ) الغاصبُ[١]، (إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ) المالكُ أنَّه مِلكُهُ فَيبرأ الغاصِبُ؛ لأنَّه حينئذ يَملِكُ التَّصرُّفَ فيه على حسبِ اختيارِهِ، وكذا لو استأجره الغاصِبُ على قِصَارتِهِ أو خِياطتِهِ[٢].

(وَيَبْرَأُ) الغاصِبُ (بِإِعَارَتِهِ) المغصوبَ لمالكِهِ مِن ضمانِ عينِهِ، عَلِم أنه مِلكُهُ أوْ لم يَعلَمْ[٣]؛ لأنَّه دَخَل على أنَّه مضمونٌ عليه[٤]، والأيدِي المترتبةُ على يدِ الغاصبِ كلُّها أيدي ضمانٍ[٥]، ....

(١) لأنَّه لم يعد إلى سلطانه، إنَّما قبضه على أنَّه أمانةٌ، وهذا هو المذهب.
وقال أبو الخطَّاب: يبرأ؛ لأنَّه ردَّه إلى يده وسلطانه.
قال في الشَّرح: (والأوَّل أَولى؛ فإنَّه لو أباحه أكله فأكله لم يبرأ، فههنا أَولى). [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/ ٢٤٨].

(٢) إلَّا أن يعلم أنَّه ملكه.

(٣) وهذا هو المذهب؛ لأنَّ العاريّة توجب الضَّمان على المستعير، فلو وجب الضَّمان على الغاصب رجع به على المستعير، ولا فائدة في وجوب شيءٍ عليه يرجع به على من وجب له.
وقيل: إذا لم يعلم لم يبرأ، جزم به في التَّلخيص، قال الحارثيُّ: ومقتضى النَّصِّ الضَّمان. [انظر: المصدر السَّابق].

(٤) أي: المغصوب المعار، وإن جهل غصبه؛ لأنَّ العاريّة مضمونةٌ - على المذهب - مطلقًا، ولو وجب على الغاصب ضمان قيمتها لرجع به على المستعير، فلا فائدة في تضمينه شيئًا يرجع به على من ضمنه له.
وعلى القول بأنَّ العاريّة ليست مضمونةً، فلا ضمان على المستعير إلَّا مع التَّعدِّي أو التَّفريط.

(٥) الأيدي المترتِّبة على يد الغاصب:
يد غاصب الغاصب، ويد المشتري من الغاصب، ويد المستأجر منه، ويد

....

وديعةٍ، ويد الشَّريك له، ويد المضارب له في المال المغصوب، ويد المرتهن منه، ويد المزارع له، ويد المساقي له، ويد القابض منه على وجه السَّوم، وكذلك كلُّ يدٍ لا تستند إلى إذنٍ من المالك أو إذنٍ من الشَّارع، سواءٌ كانت هذه اليد في الأصل يد أمانةٍ أم يد ضمانٍ.

وعند الحنفيَّة: إذا ردَّ غاصبُ الغاصبِ المغصوبَ على الغاصب الأوَّل يبرأ عن ضمانه، كما لو هلك المغصوب في يد غاصبِ الغاصبِ فأدَّى القيمة إلى الغاصب أيضًا، لقيام القيمة مقام العين، إذا كان قبضه القيمة معروفًا بقضاءٍ أو بيِّنةٍ أو تصديق المالك، لا بإقرار الغاصب، إلَّا في حقِّ نفسه وغاصبه.

وإذا غصب شيئًا ثمَّ غصبه آخر منه، فأراد المالك أن يأخذ بعض الضَّمان من الأوَّل وبعضه من الثَّاني، له ذلك، والمالك بالخيار في تضمين أيِّهما شاء، وإذا اختار تضمين أحدهما لم يملك تركه وتضمينَ الآخر، وقيل: يملك، وفي الفتاوى الهنديَّة: إن ضمَّن الأوَّل رجع على الثَّاني بما ضمن، وإن ضمَّن الثَّاني لا يرجع على الأوَّل.

وإذا وهب الغاصب المغصوب، أو تصدَّق به، أو أعاره وهلك في أيديهم وضمنوا للمالك لا يرجعون بما ضمنوا للمالك على الغاصب؛ لأنَّهم كانوا عاملين في القبض لأنفسهم بخلاف المرتهن والمستأجر والمودع، فإنَّهم يرجعون بما ضمنوا على الغاصب؛ لأنَّهم عملوا له، والمشتري إذا ضمن قيمته يرجع بالثَّمن على الغاصب البائع؛ لأنَّ ردَّ القيمة كردِّ العين. [انظر: الدُّرَّ المختار وحاشيته ٦/ ١٨٢].

وعند المالكيَّة: إذا باع الغاصب المغصوب، فللمالك إمضاء البيع، ويتبع المالك الغاصب بالثَّمن إن قبضه وكان مليًّا، وإلَّا اتَّبع المشتري.

وإذا أعتق المشتري من الغاصب العبد فللمالك نقض عتق المشتري وإجازته.

. . . .

وإذا أتلف المشتري من الغاصب المغصوب عمدًا، كأن أكله أو ذبح الحيوان؛ فيضمن المشتري وإن لم يعلم بالغصب، وللمالك تضمين أيِّهما شاء، فإن ضمَّن الغاصب فلا يرجع على المشتري، وإن ضمن المشتري رجع على الغاصب.

وإذا تلف المغصوب بآفةٍ سماويَّةٍ فلا يضمن المشتري من الغاصب إذا لم يكن عالمًا بالغصب.

وإذا وهب الغاصب العين المغصوبة أو ورثت عنه، فإن علما بالغصب فهما كالغاصب في الضَّمان، فيتبع المستحِقُّ أيَّهما شاء، ومثلهما المشتري إن علم، وإن لم يعلما بالغصب بدئ بالغاصب في الغرم فيرجع المالك على التَّركة في الموت، وعلى الغاصب في الهبة بالقيمة، ومثل المثليِّ. [انظر: الشَّرح الكبير للدَّردير ٣/ ٤٥٧].

وعند الشَّافعيَّة: أنَّ كلَّ يدٍ ترتَّبت على يد الغاصب، فهي يد ضمانٍ، فيتخيَّر المالك عند التَّلف بين مطالبة الغاصب ومن ترتَّبت يده على يده، سواءٌ علم المغصوب أم لا؛ لأنَّه أثبت يده على مال غيره بغير إذنه، فالجهل ليس مسقطًا للضَّمان، ثمَّ الثَّاني إن علم بالغصب فهو غاصبٌ من الغاصب، فيطالب بكلِّ ما يطالب به الغاصب، وإن تلف المغصوب في يده، فقرار الضَّمان عليه، فإذا غرم لا يرجع على الأوَّل، وإذا غرم الأوَّل رجع عليه، هذا إذا لم تختلف قيمته في يدهما، أو كانت في يد الثَّاني أكثر، فلو كانت في يد الأوَّل أكثر، لم يطالب بالزِّيادة إلَّا الأوَّل وتستقرُّ عليه.

أمَّا إذا جهل الثَّاني الغصب، فإن كانت اليد في وضعها يد ضمانٍ كالعاريّة، استقرَّ الضَّمان على الثَّاني.

وإن كانت يد أمانةٍ كالوديعة، استقرَّ على الغاصب على المذهب.

....

وفي وجهٍ: يستقرُّ على المودع، وفي وجهٍ: لا يطالب المودع أصلًا، والقرض معدودٌ من أيدي الضَّمان، ولو وهب المغصوب، فهل القرار على الغاصب لأنَّها ليست يد ضمانٍ، أم على المتَّهب لأنَّه أخذه للتَّملُّك؟ قولان: أظهرهما: الثَّاني. [انظر: روضة الطَّالبين ٥/ ٩].

وعند الحنابلة:

إذا أَجَرَ الغاصبُ العين المغصوبة، فالإجارة باطلةٌ كالبيع، وللمالك تضمين أيِّهما شاء أجر مثلها، فإن ضمن المستأجر لم يرجع بشيءٍ؛ لأنَّه دخل في العقد على أنَّه يضمن المنفعة، إلَّا أن يزيد أجر المثل على المسمَّى في العقد فيرجع بالزِّيادة ويسقط عنه المسمَّى في العقد، ولو دفعه إلى الغاصب، فله حقُّ الرُّجوع به.

وفيما لو تلفت العين المستأجرة بيد المستأجر، فلصاحبها تغريم من شاء منهما قيمة العين المُؤْجَرة، فإن غرم المستأجر، فإمَّا أن يكون عالمًا بالغصب أو لا، فإن كان جاهلًا به، فله الرُّجوع بما دفع على الغاصب؛ لأنه دخل معه على أنه لا يضمن العين ولم يحصل له بدل في مقابلة ما غرم.

وإن كان على علمٍ بالغصب، فلا يحقُّ له الرُّجوع بشيءٍ على أحدٍ؛ لأنَّه دخل على علمٍ بالأمر وحصل التَّلف في يده، فاستقرَّ الضَّمان عليه، فإن غرم الغاصب الأجر والقيمة، رجع بالأجر على المستأجر، سواءٌ كان الأخير عالمًا بالغصب أو جاهلًا به، ويرجع بالقيمة إن كان المستأجر عالمًا بالغصب، وإلَّا فلا.

إذا أودع الغاصب العين المغصوبة أو وكَّل رجلًا في بيعها ودفعها إليه فتلفت في يد المودع أو الوكيل، فلمالك العين تضمين أيِّهما شاء، أمَّا الغاصب، فلأنَّه كان السَّبب في الحيلولة بين المالك وملكه وأثبت اليد العادية عليه. والمستودع

....

والوكيل لإثبات كلٍّ منهما يده على ملكٍ معصومٍ بغير حقٍّ.

وإن غرَّم الغاصب وكانا يجهلان الغصب، استقرَّ الضمان على الغاصب ولا يحقُّ له الرُّجوع على أحدٍ بشيءٍ. أمَّا لو غرَّم المودع والوكيل، فلهما حقُّ الرُّجوع على الغاصب بما غرما من القيمة والأجر؛ لأنَّهما دخلا على ألَّا يضمنا شيئًا من ذلك، كما أنَّه لم يحصل لهما بدلٌ عمَّا ضمناه.

وفي حالة علمهما بالغصب، فالضَّمان يستقرُّ عليهما، لتلف العين تحت أيديهما من غير تغرير بهما، فلا يرجعان بما غرما على أحدٍ، وإن غرم الغاصب رجع عليهما، لما قلنا من تلف العين المغصوبة في أيديهما.

إذا أعار الغاصب العين المغصوبة فتلفت بيد المستعير، فللمغصوب منه تضمين من شاء منهما أجرها وقيمتها، فإن غرم المستعير وكان علم بالغصب، لم يرجع على أحدٍ، وإن غرم الغاصب رجع على المستعير.

أمَّا لو جهل المستعير الغصب فغرمه المالك، فليس له حقُّ الرُّجوع بقيمة العين؛ لأنَّه قبضها على أن تكون مضمونةً عليه، ولو أنَّه غرم أجر العين بالإضافة إلى قيمتها، ففي جواز رجوعه بما دفع من الأجر رأيان، أحدهما يقضي بحقِّه في الرُّجوع على الغاصب؛ لأنَّه استعار العين على أنَّ منافعها له غير مضمونةٍ عليه، والرَّأي الثَّاني: لا يجيز له الرُّجوع.

إذا وهب الغاصب الشَّيء المغصوب فتلف بيد الموهوب له، فإن كان عالمًا بالغصب، فالضَّمان يستقرُّ عليه؛ لأنَّ العين قد هلكت وهي تحت يده، ولم يَغُرَّه أحدٌ، أمَّا لو جهل الغصب وغرمه العين، فله حقُّ الرُّجوع على الواهب بما غرم؛ لأنَّه قد غرَّه في ذلك. [انظر: الإنصاف ٦/ ١٧١، منتهى الإرادات ١/ ٥١٥، كشَّاف القناع ٤/ ١١٣].

فإن عَلِمَ الثاني فقرارُ الضمانِ عليه(١)، وإلا فعلى الأوَّلِ، إلا ما دَخَل الثانيَ على أنَّه مضمونٌ عليه، فَيَستقِرُّ عليه ضمانُهُ(٢).

(وَمَا تَلِفَ) أو أُتْلِف مِن مغصوبٍ، (أَوْ تَغَيَّبَ) ولم يُمكِنْ ردُّهُ؛ كعبدٍ أَبَقَ، وفَرسٍ شَرَدَ، (مِنْ مَغْصُوبٍ مِثْلِيٍّ)، وهو: كلُّ مَكيلٍ(٣) أو مَوزونٍ(٤) لا صِناعةَ فيه مُباحةً يصحُّ السَّلَمُ فيه(٥)؛ ....

وفي الإنصاف: (وإن باع الغاصب العين المغصوبة أو وهبها لشخصٍ آخر، فإن كان المشتري أو الموهوب له عالمًا بالغصب، فتلفت بيد أيٍّ منهما، فللمالك تضمين أيِّهما شاء، فإن ضمَّن الغاصب رجع على من استهلكت العين بيده، وإن ضمَّن المستهلك لا يرجع على الغاصب بما ضمن، أمَّا لو جهل القابض للعين بالغصب، فضَمِنَها للمغصوب منه، رجع على الغاصب بما ضمن؛ لأنَّه غرَّه بذلك).

(١) لتعدِّيه على ما يعلمه ملك غيره بغير إذن مالكه.

(٢) كالعاريّة على المذهب؛ لأنَّها مضمونةٌ، وكالغاصب من الغاصب.

(٣) من حبٍّ وثمرٍ، ومائعٍ ونحوها.

(٤) من حديدٍ ونحاسٍ، ورصاصٍ، وحريرٍ وقطنٍ، ونحوها.

(٥) أي: لا صناعةَ في مكيلٍ نحو هريسةٍ، ولا صناعةَ في موزونٍ نحو أوانٍ، ونحوها مباحةً تلك الصِّناعة؛ فإنَّه يضمن بقيمته؛ لأنَّ الصِّناعة تؤثِّر فيه، والقيمة فيه أخصُّ.

وقوله: «مباحةً» أخرجت الصِّناعة المحرَّمة كحلي الرِّجال، وأواني الذَّهب والفضَّة فتضمن بوزنها؛ لتحريم صناعتها.

وقوله: «يصحُّ السَّلم فيه» أخرج ما لا يصحُّ فيه ممَّا لا تنضبط صفاته كجوهرٍ ونحوه، ففيه قيمته.

وعند الحنفيَّة: المثليُّ: هو ما يتفاوت آحاده تفاوتًا يعتدُّ به، وله نظيرٌ في الأسواق.

(غَرِمَ مِثْلَهُ إِذًا)[١]؛ لأنَّه لمَّا تعذَّر ردُّ العينِ لَزِمه ردُّ ما يَقومُ مَقامَها، والمِثْلُ أقربُ إليه مِن القيمةِ[٢]، ويَنبغي أن يُستثنى منه الماءُ في المفازةِ، فإنه يُضمَنُ بقيمتِهِ في مكانِهِ[٣]، ذَكَره في المبدعِ[٤].

والقيميُّ: هو ما يتفاوت آحاده تفاوتًا يعتدُّ به، أو لا تتفاوت، ولكن لا نظير لها في مجال التِّجارة. [انظر: شرح مرشد الحيران ص ٢].

وفي القواعد والأصول الجامعة للسَّعدي ص ٦٥: (اختلف العلماء ما هي المثليَّات؟ فقيل: إنَّها المكيلات والموزونات فقط، والمتقوِّمات ما عداها، وقيل: إنَّ المثليَّات ما كان له مثلٌ أو مشابهٌ أو مقارنٌ، وهو الصَّحيح؛ لأنَّه ﷺ: «استقرض بعيرًا وقضى خيرًا منه، ولأنَّه ضمَّن أمَّ المؤمنين حين كسرت صحفة أمِّ المؤمنين الأخرى فأعطتها صحفتها الصَّحيحة، وقال: إناءٌ بإناءٍ، وطعامٌ بطعامٍ» رواه أبو داود، والتِّرمذيُّ وصحَّحه).

(١) إذا أمكن ردُّ مثله؛ لقوله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ﴾، وقال تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ﴾.

وفي المغني ٧/ ٣٦٢: (قال ابن عبد البرِّ: كلُّ مطعومٍ من مأكولٍ، أو مشروبٍ فمجمعٌ على أنَّه يجب على مستهلكه قيمته لا مثله...).

قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص ١٦٥: (ويضمن المغصوب بمثله مكيلًا أو موزونًا أو غيرهما حيث أمكن، وإلَّا فالقيمة، وهو المذهب عند ابن أبي موسى، وقاله طائفةٌ من العلماء).

(٢) لمماثلته له من طريق الصُّورة والمشاهدة والمعنى، بخلاف القيمة فإنَّها تماثل من طريق الظَّنِّ والاجتهاد.

(٣) مع أنَّ الماء مثليٌّ لكونه مكيلًا؛ لتفاوت الأحوال، وتعتبر القيمة يوم أتلفه بالمفازة.

(٤) ٥/ ١٨٠.

(وَإِلَّا) يُمكِنْ ردُّ مِثْلِ المثلي لإعوازِهِ؛ (فَقِيمَتَهُ يَوْمَ تَعَذَّرَ)[1]؛ لأنَّه وقتُ استِحقاقِ الطَّلبِ بالمثلِ، فاعتُبِرت القيمةُ إذًا.

(وَيُضْمَنُ غَيْرُ المِثْلِيِّ) إذا تَلِف أو أُتْلِف (بِقِيمَتِهِ يَوْمَ تَلَفِهِ)[2] في بلدِهِ، مِن نقدِهِ[3] أو غالبِهِ؛ لقولِه ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ، قُوِّمَ عَلَيْهِ»[4][5].

---

(١) وهذا هو المذهب؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعن الإمام أحمد: تلزمه قيمته يوم تلفه.

وقال القاضي: يضمنه بقيمته يوم القبض، يعني يوم قبض البدل.

وقيل: الأكثر من قيمته يوم البدل، أو قيمته يوم التَّلف. [انظر: الإنصاف مع الشَّرح ١٥/ ٢٥٦].

(٢) وهذا هو المذهب. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/ ٢٦٢].

وفي المغني ٧/ ٥٠٤: (ويتخرَّج أن يضمنه بقيمته يوم غصبه، وهو قول أبي حنيفة ومالكٍ وروي عن أحمد؛ لأنَّه فوَّته عليه بغصبه فكان عليه قيمة ما فوَّت عليه حين فوَّته...).

(٣) أي: بلد غصبه، من نقد بلد الغصب؛ لأنَّه موضع الضَّمان ومقتضى التَّعدِّي، فإن تعدَّد نقد البلد فمن غالبه رواجًا.

(٤) رواه البخاري (٢٥٢٢)، ومسلم (١٥٠١) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٥) فأمر بالتَّقويم في حصَّة الشَّريك؛ لأنَّها متلفةٌ بالعتق، ولم يأمره بالمثل، وهذا هو المذهب. [انظر: المصدر السَّابق].

وعن الإمام أحمد: يضمن بمثله، واختاره شيخ الإسلام، ففي الاختيارات ص ١٦٥: (ويضمن المغصوب بمثله مكيلًا أو موزونًا أو غيرهما حيث أمكن، وإلَّا فالقيمة، وهو المذهب عند ابن أبي موسى، وقاله طائفةٌ من العلماء، وإذا تغيَّر السِّعر وفقد المثل فينتقل إلى القيمة وقت الغصب وهو أرجح الأقوال، ولو شقَّ ثوب شخصٍ خيِّر مالكه بين تضمين الشَّاقِّ نقصه، وبين شقِّ ثوبه، ونقله

ولو أَخَذ حَوائِجَ مِن بقَّالٍ ونحوِه في أيامٍ، ثم يحاسِبُهُ؛ فإنه يُعطيه بسعرِ يومِ أخذِهِ[(١)].

وإن تَلِف بعضُ المغصوبِ، فَنَقَصت قِيمةُ باقيهِ؛ كزَوْجَيْ خُفٍّ تَلِف أحدُهُما[(٢)]؛ ردَّ الباقيَ، وقِيمةَ التالِفِ، وأرشَ نقصِهِ[(٣)].

(**وَإِنْ تخَمَّرَ عَصِيرٌ**) مغصوبٌ (**فَـ**) على الغاصِبِ (**المِثْلُ**)[(٤)]؛ لأنَّ ماليَّتَهُ

إسماعيل الشَّالَنجيُّ عن أحمد...).

وفي مجموع الفتاوى ٣٠/ ٣٣٣: (... ولا ريب أنَّ ضمان المال بجنسه مع اعتبار القيمة أقرب إلى العدل من ضمانه بغير جنسه، وهو الدَّراهم والدَّنانير مع اعتبار القيمة، فإنَّ القيمة معتبرةٌ في الموضعين، والجنس مختصٌّ بأحدهما، ولا ريب أنَّ الأغراض متعلِّقةٌ بالجنس).

(١) إذا لم يقطع السِّعر، فإنَّه يعطيه قيمته بسعر يوم أخذه؛ لأنَّه ثبتت قيمته في ذمَّته يوم أخذه، لتراضيهما على ذلك، ولم يجب المثل في المثليِّ، ومقتضاه صحَّة البيع بثمن المثل، وهو اختيار شيخ الإسلام، وتقدَّم في شروط صحَّة البيع.

(٢) وكلُّ شيئين يَنقُصُهما التَّفرُّقُ.

(٣) وهذا هو المذهب؛ لأنَّه نقصٌ حصل بجنايته فلزمه ضمانه كما لو غصب ثوبًا فشقَّه، ثمَّ تلف أحد الشِّقَّين فإنَّه يلزمه ردُّ الباقي وقيمة التَّالف وأرش النَّقص إن نقص.

وقيل: لا يلزمه أرش النَّقص، قال الحارثيُّ: (وهذا الوجه لا أصل له، ولوهائه أعرض عنه غير واحدٍ من الأصحاب مع الاطِّلاع على إيراد أبي الخطَّاب له. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/ ٢٧٠].

(٤) وهذا هو المذهب؛ لما علَّل به المؤلِّف.

والوجه الثَّاني: يلزمه قيمته، وفي الإنصاف: (قال الحارثيُّ: وليس بجيِّدٍ، قلت: وهو بعيدٌ جدًّا؛ لأنَّ له مثيلًا). [انظر: الإنصاف مع الشَّرح ١٥/ ٢٧٦].

زالت تحتَ يدِهِ؛ كما لو أتلفَهُ، (فَإِنِ انْقَلَبَ خَلًّا دَفَعَهُ) لمالكِهِ؛ لأنَّه عيْنُ مِلكِهِ، (وَ) دَفَع (مَعَهُ نَقْصَ قِيمَتِهِ)(١) حِين كان (عَصِيرًا) إن نَقَص؛ لأنَّه نَقْصٌ حَصَل تحتَ يدِهِ(٢)، ويَسترجِعُ الغاصِبُ ما أدَّاه بَدَلًا عنه(٣).

وإذا كان المغصوبُ ممَّا جَرَت العادةُ بإجارتِهِ(٤)؛ لَزِم الغاصِبَ أجرةُ مثلِهِ مدَّةَ بقائِهِ بيدِهِ، استوفى المنافِعَ أو تَرَكها تَذهَبُ(٥).

---

(١) وهذا هو المذهب؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وفي الإنصاف: (قال في عيون المسائل: لا يلزمه قيمة العصير؛ لأنَّ الخلَّ عينه، كحمل صار كبشًا، وقال الحارثيُّ: وللشَّافعيَّة وجهٌ يملكه الغاصب، وهو الأقوى ونصره بأدلَّةٍ...). [انظر: المصادر السَّابقة].

(٢) كتلف جزءٍ منه، وكما لو نقص بلا تخمُّرٍ.

(٣) أي: ويسترجع الغاصب - إذا ردَّ الخلَّ وأرش نقص العصير - ما أدَّاه بدلًا عن العصير، وهو المثل الَّذي دفعه لمالكه؛ كما لو أدَّى قيمة الآبق، ثمَّ قَدَرَ عليه وردَّه لربِّه.

(٤) كرقيقٍ، ودوابَّ، وسفنٍ.

(٥) فتضمن منافعه بالفوات والتَّفويت، وتقدَّم بحث هذه المسألة عند قول المؤلِّف: (ويلزم غاصبًا ردُّ مغصوبٍ...)

وفي الإنصاف مع الشَّرح ١٥/ ٢٨٠: (فائدتان: إحداهما: لو كان العبد ذا صنائع لزمه أجرة أعلاها فقط. الثَّانية: منافع المقبوض بعقدٍ فاسدٍ كمنافع المغصوب تضمن بالفوات والتَّفويت).

لأنَّ المنفعة مالٌ متقوِّمٌ فوجب ضمانها كالعين، وإن تلف المغصوب فعليه أجرته إلى وقت تلفه، وتقدَّم بحث ضمان منافع المغصوب عند قول المؤلِّف: (ويلزم غاصبًا ردُّ مغصوبٍ).

(فَصْلٌ)(١)

(وَتَصَرُّفَاتُ الغَاصِبِ الحُكْمِيَّةُ) أي: التي لها حُكمٌ مِن صحةٍ وفسادٍ؛ كالحجِّ والطهارةِ ونحوِهما(٢)، ....

---

(١) أي: في حكم تصرُّفات الغاصب، والإتلافات وضمانها وما يتعلَّق بذلك. [انظر: حاشية ابن قاسم ٥/٤٠٩].

(٢) أي: من سائر العبادات الَّتي تتعلق بمغصوب.

في الإنصاف مع الشَّرح ٥/٢٨٣: (تنبيهان: أحدهما: بنى المصنِّف في «المغني» وجماعةٌ، تصرُّف الغاصب، على تصرُّف الفضوليِّ، فأثبت فيه ما في تصرُّف الفضوليِّ، من رواية الانعقاد موقوفًا على إجازة المالك.

الثَّاني: هذا الخلاف المحكيُّ في أصل المسألة من حيث الجملة، وقد قسمها المصنِّف قسمين: عباداتٌ، وعقودٌ، فالعبادات فيها مسائل:

منها: الوضوء بماءٍ مغصوبٍ، والوضوء من إناءٍ مغصوبٍ، وغسل النَّجاسة بماءٍ مغصوبٍ، وسترُ العورة بثوبٍ مغصوبٍ، والصَّلاة في موضعٍ مغصوبٍ، وقد تقدَّم ذلك مستوفًى في كتاب الطَّهارة، والآنية، وإزالة النَّجاسة، وستر العورة، واجتناب النَّجاسة، والأقرب الصِّحَّة.

ومنها: الحجُّ بمالٍ مغصوبٍ، كما قال المصنِّف، والصَّحيح من المذهب أنَّه لا يصحُّ. وقيل عنه: يُجزئه مع الكراهة، قاله ابن أبي موسى، واختاره ابن عقيلٍ، قال الحارثيُّ: وهو أقوى، قلت: وهو الصَّواب، فيجب بدل المال دينًا في ذمَّته.

ومنها: الهديُ المغصوب لا يجزئُ، صرَّح به الأصحاب، وعنه: الصِّحَّةُ موقوفةٌ على إجازة المالك، ونصَّ الإمام أحمد على الفرق بين أن يعلم أنَّها لغيره، فلا يجزئه، وبين أن يظنَّ أنَّها لنفسه، فيجزئه، قال في «الفائدة

....

العشرين»: ولا يصحُّ، وإن كان الثَّمن مغصوبًا، لم يُجزئه أيضًا؛ اشتراه بالعين، أو في الذِّمَّة، قاله الحارثيُّ، قلتُ: لو قيل بالإجزاء إذا اشتراه في الذِّمَّة، لكان مُتَّجهًا.

ومنها: لو أوقع الطَّواف، أو السَّعي، أو الوقوف على الدَّابَّة المغصوبة، ففي الصِّحَّة روايتا الصَّلاة في البقعة المغصوبة، قاله الحارثيُّ، قلت: النَّفس تميلُ إلى صحَّة الوقوف على الدَّابَّة المغصوبة.

ومنها: أداءُ المال المغصوب في الزَّكاة غير مجزئٍ، قال الحارثيُّ: ثمَّ إنَّ أبا الخطَّاب صرَّح بجريان الخلاف في الزَّكاة، وتبعه المصنِّف في «المغني»، فإن أريد به ما ذكرنا من أداء المغصوب عن الغاصب، وهو الصَّحيح، فهذا شيءٌ لا يقبل نزاعًا البتَّة؛ وإن أريد به الأداءُ عن المالك، بأن أخرج عنه من النِّصاب المغصوب، وهو بعيدٌ جيدًّا، فإنَّ الواقع من التَّصرُّف للعبادة إنَّما يكون عن الغاصب نفسه، فلا يُقبل أيضًا.

ومنها: كلُّ صدقةٍ؛ من كفَّارةٍ، أو نذرٍ، أو غيرهما، كالزَّكاة سواءً.

ومنها: عتق المغصوب لا ينفذ، بلا خلافٍ في المذهب.

ومنها: الوقف لا ينفذ في المغصوب، قولًا واحدًا، لكن لو كان ثمن المعتق أو الموقوف مغصوبًا؛ فإن اشترى بعين المال لم ينفذ، وإن اشترى في الذِّمَّة، ثمَّ نقده، فإن قيل بعدم إفادة الملك، لم ينفذ، وإن قيل بالإفادة، نفذ العتق والوقف، قاله الحارثيُّ، وأمَّا العقود؛ من البيع، والإجازة، والنِّكاح، ونحوها، فالعقد باطلٌ على الصَّحيح من المذهب، ونصَّ عليه، وعليه الأصحاب، وتقدَّم حكاية الرِّواية بالصِّحَّة، والكلام عليها، والرِّواية بالوقف على الإجازة.

تنبيهٌ: قوله: (وتصرُّفات الغاصب الحُكميَّة) أي: الَّتي يُحكم عليها بصحَّةٍ أو

والبيعِ والإجارةِ والنكاحِ ونحوِها[١]؛ (بَاطِلَةٌ)؛ لعدمِ إذنِ المالكِ.

وإن اتَّجر بالمغصوبِ؛ فالربحُ لمالكِهِ[٢].

فسادٍ. احترازًا من غير الحُكميَّة، كإتلاف المغصوب؛ كأكله الطَّعام، أو إشعاله الشَّمع، ونحوهما، وكلبسه الثَّوب، ونحوه، فإنَّ هذا لا يُقال فيه صحيحٌ ولا فاسدٌ، والله أعلم.

قال ابن نصر الله في «حواشي الفروع»: وقوله: الحُكميَّة احترازٌ من التَّصرُّفات الصُّورية، فالحكميَّة؛ ما له حكمٌ من صحَّةٍ وفسادٍ، كالبيع، والهبة، والوقف، ونحوه، والصُّوريَّة: كطحن الحبِّ، ونسج الغزل، ونجر الخشب، ونحوه، انتهى. وهو كالَّذي قبله.

(١) وإذا باع الغاصب العين المغصوبة ففي المذهب ثلاثة أقوالٍ:

أحدها: يقضي بفساد البيع؛ لأنَّ الغاصب لا يملك بيع مال غيره دون إذنٍ منه.

والثَّاني: أنَّ البيع صحيحٌ ويقف على إجازة المالك، وتصرُّف الغاصب في هذه الحالة كتصرُّف الفضوليِّ.

والقول الثَّالث: صحَّة البيع ونفاذه؛ لأنَّ الغصب في الظَّاهر تتطاول مدَّته، فلو لم يصحَّ تصرُّف الغاصب لأدَّى ذلك إلى إلحاق الضَّرر بالمالك والمشتري؛ لأنَّ المالك لا يملك الثَّمن، والمشتري لا يملك العين، وبذلك يلحق الضَّرر بالاثنين - إلَّا إذا أمكن الفسخ -. [انظر: المصدر السَّابق، الشَّرح الممتع ١٠/ ١٨٥].

(٢) وهذا هو المذهب، وبه قال الإمام مالكٌ، والخسارة يتحمَّلها الغاصب؛ لأنَّها نقصٌ في العين المغصوبة.

وعند الحنفيَّة: إن دخلت العين المغصوبة في ضمان الغاصب بأن تعيَّبت بسبب الاستعمال فالرِّبح بسبب التِّجارة يتصدَّق به عند أبي حنيفة، وعند

(وَالقَوْلُ فِي قِيمَةِ التَّالِفِ) قولُ الغاصبِ؛ لأنَّه غارِمٌ، (أَوْ قَدْرِهِ)، أي: قدرِ المغصوبِ(١)، (أَوْ صِفَتِهِ)؛ بأن قال: غصَبْتَنِي عبدًا كاتِبًا، وقال الغاصبُ: لم يَكُن كاتبًا؛ فـ (قَوْلُهُ) أي: قولُ الغاصبِ؛ لما تقدَّم(٢).

(وَ) القولُ (فِي رَدِّهِ(٣) ....

أبي يوسف يدخل في ملك الغاصب.

وإن كانت العين لم تدخل في ضمان الغاصب بأن كانت قائمةً لم يطرأ عليها نقصٌ فيتصدَّق بالرِّبح قولًا واحدًا.

وعند الشَّافعيَّة: إذا غصب مبلغًا من النُّقود واشترى سلعةً في الذِّمَّة وسدَّد ثمنها من المال المغصوب وربح في ذلك؛ فالقول القديم: أنَّ الرِّبح للمغصوب منه، وفي الجديد: الرِّبح للغاصب.

وعند شيخ الإسلام: يجعل الرِّبح بينهما كما لو كانا شريكين شركة مضاربةٍ؛ لورود ذلك عن عمر رضي الله عنه لـمَّا أقرض أبو موسى رضي الله عنه ابنَيْ عمر من مال الفيء، فجعل عمر الرِّبح بينهما مناصفةً بينهما وبين المسلمين. [انظر: تبيين الحقائق ٥/ ٢٢٥، شرح الخرشيِّ ٦/ ١٤٣، المهذَّب ١/ ٣٧٠، المبدع ٥/ ١٨٧، مجموع الفتاوى ٣٠/ ٣٢٣].

(١) إذا حصل الإنكار في قدر المغصوب، كأن يقول المغصوب منه: غصبت منِّي ثوبين، فينكر الغاصب ويقول: ثوبًا واحدًا، فالقول قول الغاصب مع يمينه؛ لأنَّ الأصل براءة الذِّمَّة من الزِّيادة، ولأنَّ الغاصب منكرٌ، والقول قول المنكر مع يمينه. [انظر: بدائع الصَّنائع ٧/ ١٦٣، الذَّخيرة ٨/ ٣٠٣، حاشية الشروانيِّ على تحفة المحتاج ٦/ ٢٠، المبدع ٥/ ١٨٨].

إلَّا مع وجود قرينةٍ يظهر بها قول المغصوب منه، أو كان هناك بيِّنةٌ عمل بها.

(٢) من قوله: القول في قيمة التَّالف قول الغاصب؛ لأنَّه غارمٌ.

(٣) إذا ادَّعى الغاصب ردَّ العين المغصوبة إلى مالكها، وأنكر المالك الرَّدَّ،

أَوْ تَعَيُّبِهِ[(١)]؛ بأن قال الغاصبُ: كانت فيه إصبعٌ زائدةٌ أو نحوُها، وأنكره مالكُهُ؛ (قَوْلُ رَبِّهِ)؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ الردِّ والعيبِ.

وإن شاهدت البيِّنةُ المغصوبَ معيبًا[(٢)]، وقال الغاصِبُ: كان مَعيبًا وقتَ غصبِهِ، وقال المالكُ: تعيَّب عندَك؛ قُدِّم قولُ الغاصبِ؛ لأنَّه غارمٌ[(٣)].

(وَإِنْ جَهِلَ) غاصبٌ (رَبَّهُ)، أي: ربَّ المغصوبِ؛ سلَّمه إلى الحاكمِ[(٤)]

فالقول قول المالك مع يمينه؛ لأنَّ الأصل عدم الرَّدِّ، واشتغال ذمَّة الغاصب، وهذا باتِّفاق الأئمَّة. [انظر: بدائع الصَّنائع ٧/ ١٦٤، منح الجليل ٧/ ٨٠، روضة الطَّالبين ٥/ ٣٠، معونة أُولي النُّهى ٥/ ٣٥٤].

(١) إذا ادَّعى الغاصب أنَّ العين المغصوبة معيبةٌ، وأنكر المالك كونها كذلك؛ فالمذهب وهو قول جمهور أهل العلم: أنَّ القول قول المالك؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند المالكيَّة: أنَّ القول قول الغاصب إن شهدت له الحال، وإلَّا فالقول قول المالك؛ لأنَّ القرينة قد ترجِّح قول الغاصب، والقرائن معتبرةٌ شرعًا. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٢) يعني عند الغاصب، أو اتَّفقا على أنَّه كان معيبًا.

(٣) والقول قول الغارم بيمينه مع عدم البيِّنة، ولأنَّ الظَّاهر أنَّ الصِّفة لم تتغيَّر والأصل براءة الذِّمَّة، إلَّا مع وجود قرينةٍ.

(٤) إذا كان أهلًا، وفي الإنصاف ١٥/ ٢٩٣: (بلا نزاعٍ، ويجوز له الصَّدقة بها عنهم بشرط ضمانها، ويسقط عنه إثم الغصب على الصَّحيح من المذهب).

وقال ابن رجبٍ في القاعدة ٩٧: (لم يذكر أصحابنا فيه خلافًا).

وقال في القاعدة ١٠٦: (ويتصدَّق بها عنه على الصَّحيح).

وفي الإنصاف: (نقل المرُّوذيُّ: يعجبني الصَّدقة بها).

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص ١٦٥: (ومن كانت عنده

فبَرِئَ مِن عُهدتِهِ، ويَلزَمُه تَسلُّمُه، أو (تَصَدَّقَ بِهِ عَنْهُ مَضْمُونًا)[١]، أي: بنيَّة ضمانه إن جاء ربُّه[٢]، فإذا تصدَّق به كان ثوابُهُ لربِّهِ، وسَقَط عنه إثمُ الغصبِ[٣].

وكذا حُكمُ رهنٍ ووديعةٍ ونحوِها[٤] إذا جَهِلَ ربَّها.

وليس لمن هي عندَه أخْذُ شيءٍ مِنها ولو كان فقيرًا[٥].

غصوبٌ وودائع وغيرها لا يعرف أربابها صرفت في المصالح، وقال العلماء: ولو تصدَّق بها جاز، وله الأكل منها ولو كان غاصبًا إذا تاب وكان فقيرًا).

وقال في مجموع الفتاوى ٣٠/ ٣٢٧: (وإن عرف أنَّ في ماله حلالًا مملوكًا وحرامًا لا يعرف مالكه، وعرف قدره؛ فإنَّه يقسم المال على قدر الحلال والحرام، فيأخذ قدر الحلال، وأمَّا الحرام فيتصدَّق به عن أصحابه، كما يفعل من عنده أموالٌ مجهولة الملَّاك، من غصوبٍ وعوارٍ وودائع، فإنَّ جمهور العلماء كمالكٍ وأبي حنيفة وأحمد وغيرهم يقولون: إنَّه يتصدَّق بها، وهذا المأثور في مثل ذلك عن أصحاب رسول الله ﷺ، فإنَّ عمر ﵁ أخذ نصف أموال عمَّاله على الشَّام ومصر والعراق لـمَّا رأى اختلاط أموالهم بشيءٍ من أموال المسلمين، وإن لم يعرف مقدار الحلال والحرام فإنَّه يجعل المال نصفين، يأخذ لنفسه نصفه، والنِّصف الثَّاني يوصله إلى أصحابه إن عرفهم، وإلَّا تصدَّق به).

(١) ولا يحتاج إلى إذن حاكمٍ.

(٢) لأنَّ الصَّدقة بها عنهم بدون ضمانٍ إضاعةٌ لها لا إلى بدلٍ.

(٣) لأنَّه معذورٌ بعجزه عن الرَّدِّ لجهله بالمالك.

(٤) لما في ذلك من الجمع بين مصلحة القابض بتبرئة ذمَّته، والمالك بتحصيل الثَّواب له.

(٥) وفي الإنصاف ١٥/ ٢٩٥: (نصَّ عليه - أي: الإمام أحمد - وخرَّج القاضي جواز الأكل منها إذا كان فقيرًا على الرِّوايتين في شراء الوصيِّ من نفسه

(وَمَنْ أَتْلَفَ) لغيرِهِ مالًا (مُحْتَرَمًا) بغيرِ إذنِ ربِّه ضَمِنه؛ لأنَّه فوَّتَه عليه[١]، (أَوْ فَتَحَ قَفَصًا) عن طائرٍ فَطَارَ؛ ضَمِنه، (أَوْ) فَتَح (بَابًا) فَضَاع ما كان مُغلقًا عليه بسببِهِ، (أَوْ حَلَّ وِكَاءَ)[٢] زِقٍّ[٣] مائعٍ أو جامدٍ فأذابَتْهُ الشمسُ، أو أَلْقَتْهُ ريحٌ فاندَفَقَ؛ ضَمِنَه[٤]، (أَوْ) حَلَّ (رِبَاطًا) عن فرسٍ[٥]، (أَوْ) حلَّ (قَيْدًا) عن مقيَّدٍ[٦] (فَذَهَبَ مَا فِيهِ، أَوْ أَتْلَفَ) ما فيه ....

نقله عنه ابن عقيلٍ، وأفتى به الشَّيخ تقيُّ الدِّين إذا تاب.

تنبيهٌ: ظاهر قوله: (لا يعرف أربابها) أنَّه لا يتصدَّق بها إلَّا مع عدم معرفة أربابها سواءٌ كان قليلًا أو كثيرًا، وهو المذهب.

ونقل الأثرم: (له الصَّدقة بها إذا علم ربَّها، وشقَّ دفعها إليه، وهو يسيرٌ كحبَّةٍ).

(١) وفي الشَّرح الكبير: (لا نعلم فيه خلافًا).

وفي الإنصاف: (سواءٌ كان عمدًا أو سهوًا، ومفهومه أنَّ غير المحترم لا يضمنه كمال الحربيِّ والصَّائل، والعبد في حال قطعه الطَّريق ونحوه، وهو كذلك).

(٢) في المصباح ٢/ ٦٧٠: (الوكاء مثل: كتابٍ، حبلٌ يُشَدُّ به رأس القربة).

(٣) في المصباح ١/ ٢٥٤: (الزِّقُّ بالكسر: الظَّرْف).

(٤) أي: أو ألقت الزِّقَّ بعد حلِّه ريحٌ ضمنه المتعدِّي؛ لأنَّه تلف بسببه.

(٥) أو سفينةٍ مربوطةٍ.

(٦) كأسيرٍ، قال ابن هبيرة في الإفصاح ٢/ ٣٢: (واختلفوا فيما إذا فتح القفص عن الطَّائر فطار، أو حلَّ عقال البعير فشرد، فقال أبو حنيفة: لا ضمان عليه على كلِّ وجهٍ، وقال مالكٌ وأحمد: عليه الضَّمان سواءٌ خرج عقيبه أو متراخيًا، وعن الشَّافعيِّ قولان: القديم: لا ضمان عليه مطلقًا، وفي الجديد: إن طار عقيب الفتح وجب الضَّمان، وإن وقف ثمَّ طار لم يضمن). [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٦/ ٥٤].

(شَيْئًا[1]، وَنَحْوَهُ)، أي: نحوَ ما ذكرَ؛ (ضَمِنَهُ)؛ لأنَّه تَلِف بسببِ فعلِهِ.

(وَإِنْ رَبَطَ دَابَّةً بِطَرِيقٍ ضَيِّقٍ، فَعَثَرَ بِهِ إِنْسَانٌ)[2]، أو أتلفت شيئًا؛

(١) أي: أو أتلف الطَّائر أو الفرس ونحوه شيئًا كأن كسر إناءً، أو قتل إنسانًا، أو أتلف مالًا، أو أتلفت الدَّابَّة الَّتي حلَّها زرعًا أو غيره، أو انحدرت السَّفينة الَّتي حلَّها فأتلفت شيئًا ضمنه لحصول التَّلف بسبب فعله.

(٢) في الإنصاف مع الشَّرح ١٥/ ٣٠٣: (شمل مسألتين:

إحداهما: أن يكون الطَّريق ضيِّقًا فيضمن ما أتلف...

والمسألة الثَّانية: أن تكون الطَّريق واسعةً، فظاهر ما قطع به المصنِّف هنا: أنَّه يضمن...

وهو مذهب الشَّافعيَّة؛ لأنَّ الارتفاق به مشروطٌ بسلامة العاقبة، وهو ظاهر قول المالكيَّة.

والرِّواية الثَّانية: لا يضمن إذا لم تكن في يده... وقال القاضي: ظاهر كلام أحمد: أنَّه لا يضمن إذا كان واقفًا لحاجة، والطَّريق واسعٌ، قال الحارثيُّ: وهو الأقوى نظرًا) اهـ.

وروى عن النَّبيِّ ﷺ من حديث النُّعمان بن بشيرٍ ﷺ أنَّه قال: «من وقف دابَّةً في سبيل المسلمين، أو في سوقٍ من أسواقهم فوطئت بيدٍ أو رجلٍ فهو ضامنٌ» رواه الدَّارقطنيُّ والبيهقيُّ ٨/ ٣٤٤، وضعَّفه.

وعند الحنفيَّة: إن كانت الدَّابَّة في طريق المسلمين واقفةً أوقفها صاحبها فهو ضامنٌ مطلقًا، وإن كانت سائرةً ولم يكن صاحبها معها فإن سارت بإرسال صاحبها فصاحبها ضامنٌ ما دامت تسير في وجهها، فإن عطفت يمينًا أو شمالًا ولم يكن لها طريقٌ إلَّا ذلك فالضَّمان على المرسل، وإن كان لها طريقٌ آخر لم يضمن. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٦/ ٥١، حاشية الدُّسوقيِّ ٢/ ٢٤٣ مغني المحتاج ٤/ ٢٠٦].

(ضَمِنَ)؛ لتعدِّيه بالرَّبطِ، ومثلُه لو تَرَكَ في الطريقِ طِينًا، أو خَشَبةً، أو حَجرًا[(١)]، أو كيسَ دراهمَ، أو أسندَ خشبةً إلى حائطٍ[(٢)]، (كَـ) ما يَضمَنُ مُقْتَنِي (الكَلْبِ العَقُورِ لمَنْ دَخَلَ بَيْتَهُ بِإِذْنِهِ، أَوْ عَقَرَهُ خَارِجَ مَنْزِلِهِ)؛ لأنَّه مُتعدٍّ باقتنائِهِ[(٣)]، فإن دَخَل منزله بغيرِ إذنِهِ لم يَضمَنْهُ؛ لأنَّه مُتعدٍّ بالدخولِ[(٤)].

---

(١) أي: لا لمصلحةٍ كمن جعلها في نحو مطرٍ ليمرَّ النَّاس عليها.

(٢) ولو كان مائلًا للسُّقوط فعثر بالخشبة إنسانٌ، أو تلف به شيءٌ ضمن لحصول التَّلف بتعدِّيه.

(٣) وإن كان موثوقًا لم يضمن ما عقره، كما لو كان عنده من غير اقتناءٍ ولا اختيارٍ.

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: أنَّه يضمن مقتني الكلب العقور ما يتلفه بالعقر، وأمَّا ما يتلفه بغير العقر، كما لو ولغ في إناءٍ أو بال، فلا ضمان؛ لأنَّ هذا لا يختصُّ بالكلب العقور.

وعند الحنفيَّة: ضمان ما يتلفه الحيوان الخطر من مالٍ أو نفسٍ إذا وجد من مالكه إشلاءٌ، أو إغراءٌ، أو إرسالٌ، وهو قول أبي يوسف، وهو المفتى به خلافًا لأبي حنيفة.

وعند المالكيَّة: إذا اتَّخذ الكلب العقور بقصد قتل إنسانٍ معيَّنٍ وقتله فالقود، وإن قتل غير المعيَّن فالدِّية، وكذلك إن اتَّخذه لقتل غير معيَّنٍ وقتل شخصًا فالدِّية أنذر أم لا، وإن اتَّخذه لوجهٍ جائزٍ فالدِّية إن تقدَّم له إنذارٌ قبل القتل وإلَّا فلا شيء عليه، وإن اتَّخذه لا لوجهٍ جائزٍ ضمن ما أتلف، تقدَّم له فيه إنذارٌ أم لا، حيث عرف أنَّه عقورٌ، وإلَّا لم يضمن؛ لأنَّ فعله حينئذٍ كفعل العجماء. [انظر: بدائع الصَّنائع ٧/ ٢٧٣، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/ ٢٤٤، شرح المحلَّى على المنهاج ٤/ ٢١٣، كشَّاف القناع ٤/ ١٢٠].

وإن أتلَفَ العقورُ شيئًا بغيرِ العَقْرِ، كما لو وَلَغ أو بال في إناءِ إنسانٍ؛ فلا ضَمانَ؛ لأنَّ هذا لا يختصُّ بالعقورِ.

وحُكمُ أسدٍ، ونمرٍ، وذِئبٍ، وهِرٍّ تأكُلُ الطُّيورَ وتَقلِبَ القدورَ في العادةِ؛ حُكمُ كلبٍ عَقورٍ(١).

وله قَتل هرٍّ بأكلِ لحمٍ(٢) ونحوِهِ، والفواسِقِ(٣).

وإن حَفَر في فنائِهِ بِئرًا لنفسِهِ؛ ضَمِن ما تَلِف بها.

وإن حَفَرها لنفعِ المسلمين بلا ضَررٍ في سابلةٍ؛ لم يَضمَنْ ما تَلِف بها(٤)؛

---

(١) في ضمان ما أتلف؛ لأنَّه متعدٍّ باقتنائه، فإن لم يكن له عادةٌ بذلك فلا ضمان. [انظر: الإنصاف مع الشَّرح ١٥/٣٠٨].

(٢) وهذا هو المذهب.

وقال في الفصول: له قتلها حين أكلها، واقتصر عليه الحارثيُّ ونصره.

وقال في التَّرغيب: له قتلها إذا لم تندفع إلَّا به كالصَّائل. [انظر: المصدر السَّابق].

(٣) لما روت عائشة رضي الله عنها أنَّ رسول الله ﷺ قال: «خمسٌ فواسقُ يقتلن في الحلِّ والحرم: العقرب، والحِدَأة، والغراب الأبقع، والفأرة، والكلب العقور». متَّفقٌ عليه.

(٤) أي: وإن حفر شخصٌ في فِناء داره، - وهو ما كان خارج داره قريبًا منها - بئرًا لنفسه يختصُّ بها ضمن ما تلف بالبئر، وكذا البناء في فنائه؛ لأنَّه تلفٌ حصل بسبب تعدِّيه وهذا هو المذهب.

وجوَّز بعض الأصحاب: حفر بئرٍ لنفسه في فنائه بإذن الإمام، ذكره القاضي، قال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: نقلته من خطِّه في مسألةٍ حدثت في زمنه. [انظر: المصدر السَّابق].

قال ابن رجبٍ في القاعدة ٨٨: «وفي الأحكام السُّلطانيَّة: له التَّصرُّف في

لأنَّه مُحسِنٌ(١).

وإن مال حائطُهُ ولم يَهدِمْهُ حتى أتلف شيئًا؛ لم يَضمَنْهُ؛ لأنَّ المَيْلَ حادثٌ والسقوطَ بغيرِ فعلِهِ(٢).

فنائه بما شاء من حفرٍ وغيره إذا لم يضرَّ.

وقال شيخ الإسلام: (ومن لم يسدَّ بئره سدًّا يمنع من الضَّرر ضمن ما تلف بها). [انظر: الإنصاف مع الشَّرح ١٥/٣١١].

(١) وما على المحسنين من سبيلٍ، وهذا هو المذهب.

وفي الإنصاف ١٥/٣١٢: (قال في الوجيز وغيره: إن كانت السَّابلة واسعةً، وهو قيدٌ حسنٌ.

وعنه: يضمن...، قال الحارثيُّ: وهذا له قوَّةٌ.

وعنه: لا يضمن إن كان بإذن الإمام، وإلَّا ضمن.

ومحلُّ الخلاف: إذا كانت السَّابلة واسعةً، فإن كانت ضيِّقةً ضمن بلا نزاعٍ... ومحلُّ الخلاف أيضًا: إذا حفر في غير مكانٍ يضرُّ بالمارَّة... وإلَّا ضمن...) اهـ.

وقوله ﷺ: «والبئر جُبَارٌ» أن يحفر شخصٌ في ملك نفسه بئرًا فيتردَّى إنسانٌ فهدرٌ. وقوله: «والمَعْدِنُ جُبَارٌ» أي: أن يستأجر من يستخرجها فإذا انهارت عليهم فدماؤهم هدرٌ؛ لأنَّهم أعانوا على أنفسهم.

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفيَّة، والشَّافعيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند الحنفيَّة استحسانًا، وبه قال المالكيَّة، وهو قولٌ للشَّافعيَّة، وروايةٌ للإمام أحمد: أنَّه يضمن؛ لوروده عن عليٍّ ﷺ، ولأنَّ الحائط لـمَّا مال فقد شغل هواء الطَّريق بميله، ورفعه بقدرة صاحبه.

واشترط الحنفيَّة للتَّضمين: أن يطالب بالنَّقض بعد ميل الحائط، وأن تمضي مدَّةٌ يقدر فيها على النَّقض.

(وَمَا أَتْلَفَتِ البَهِيمَةُ مِنَ الزَّرْعِ) والشجرِ وغيرِهِما (لَيْلًا؛ ضَمِنَهُ صَاحِبُهَا، وَعَكْسُهُ النَّهَارُ)(١)؛ ....

واشترط المالكيَّة، وهو روايةٌ عن الإمام أحمد: الإشهاد على المطالبة، قال الدَّردير: (هذا إذا كان منكرًا للمَيَلان، أمَّا إذا كان مقرًّا فلا يشترط).

وفي الإنصاف: وقيل: يضمن مطلقًا، وخرَّجه أبو الخطَّاب والمجد وجهًا... قال الحارثيُّ: وهو الأقوى. [انظر: تبيين الحقائق ٦/ ١٤٧، وشرح المحلَّى على المنهاج ٤/ ١٤٨، الشَّرح الكبير حاشية الدُّسوقيِّ ٤/ ٣٥٦، الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٥/ ٣٢٤].

فإن كان الخلل في البناء أصليًّا، بأن أُنشئ الحائط مائلًا إلى الطَّريق العامِّ؛ ضمن مطلقًا. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) ما تتلفه البهيمة إذا لم تكن يد صاحبها عليها لا يخلو من أمرين:

الأوَّل: أن يكون زرعًا أو شجرًا، فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: إن كان ذلك ليلًا ضمن صاحبها، وإن كان نهارًا لم يضمن؛ لما استدَّل به المؤلِّف.

قال ابن قدامة: (ولأنَّ العادة من أهل المواشي إرسالها في النَّهار للرَّعي، وحفظها ليلًا، وعادة أهل الحوائط حفظها نهارًا دون اللَّيل، فإذا ذهبت ليلًا كان التَّفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ، وإن أتلفت نهارًا كان التَّفريط من أهل الزَّرع فكان عليهم).

وقيَّد المالكيَّة عدم ضمان الإتلاف نهارًا بشرطين:

الأول: أن يكون معها راعٍ.

الثاني: أن تسرح بعيدًا عن المزارع، وإلَّا فعلى الرَّاعي الضَّمان. ويشترط لضمان ربِّها ليلًا: إذا لم يربطها أو يقفل عليها.

وقيَّد الحنابلة والشَّافعيَّة: أنَّه إذا لم يفرِّط فلا ضمان على مالكها، وإن فرَّط ضمن.

لما روى مالكٌ، عن الزهري، عن حزامِ[1] بنِ سعدٍ: أن ناقةً للبراءِ دَخَلت حائطَ قومٍ فأفسدت، فقضى رسولُ اللهِ ﷺ: «**أَنَّ عَلَى أَهْلِ الأَمْوَالِ حِفْظَهَا بِالنَّهَارِ، وَمَا أَفْسَدَتْ بِاللَّيْلِ فَهُوَ مَضْمُونٌ عَلَيْهِمْ**»[2]، ....

وعند أبي حنيفة: لا تضمن مطلقًا إذا انفلتت؛ لحديث أبي هريرة ﷺ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «العجماء جُبارٌ» متَّفقٌ عليه، وقوله: «جبارٌ» أي: هدرٌ.

وقال اللَّيث: يضمن مالكها ما أفسدته ليلًا ونهارًا بأقلِّ الأمرين من قيمتها أو قدر ما أتلفته، قياسًا على العبد إذا جنى. [انظر: الدُّرَّ المختار ٥/ ٣٩٠، شرح الزُّرقانيِّ لمختصر خليلٍ ٨/ ١١٩، حاشية البجيرميِّ على شرح الشِّربينيِّ للخطيب ٣/ ١٤٥، المغني ١٢/ ٤٥، الإنصاف مع الشَّرح ١٥/ ٣٣٧].

الثَّاني: أن يكون غير الزَّرع والشَّجر: فالمذهب ومذهب الشَّافعيَّة: أنَّه لا فرق بين الشَّجر والزَّرع وبقيَّة الأموال كما تقدَّم.

وعند أبي حنيفة والمالكيَّة: لا يضمن ما أتلفته بذَنَبها أو قرنها أو رجلها ليلًا أو نهارًا، ولو لم يربطها أو يغلق عليها. [انظر: المصادر السَّابقة، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/ ٣٥٧].

(١) هكذا في جميع النسخ المعتمدة عدا (ق): حرام، والذي في كتب الحديث: (حرام)، قال ابن ماكولا: (حرام بحاء مهملة وراء). [انظر: الإكمال ٧/ ٤١١].

(٢) رواه مالك (٢٧٦٦) من طريق الزهري، عن حرام بن سعد بن مُحَيِّصَةَ مرسلًا. قال ابن حجر: (ومداره على الزهري، واختلف عليه).

وتابع مالكًا في إرساله: ابن عيينة عند أحمد (٢٣٦٩٤)، والليث بن سعد عند ابن ماجه (٢٣٣٢)، ويونس بن يزيد عند الدارقطني (٣٣١٩)، فرووه مرسلًا كرواية مالك، وزاد ابن عيينة: عن ابن المسيب ولن مُحَيِّصَةَ.

قال الدارقطني: (وكذلك رواه صالح بن كيسان، والليث، ومحمد بن

....

إسحاق، وعُقيل، وشعيب، ومَعْمر من غير رواية عبد الرزاق، وقال ابن عيينة وسفيان بن حسين، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب وحرام جميعًا: أن ناقة للبراء. وقال قتادة: عن الزهري، عن سعيد بن المسيب وحده، وقال ابن جريج: عن الزهري، عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف: أن ناقة للبراء. قاله الحجاج، وعبد الرزاق عنه).

ورواه الأوزاعي عن الزهري، واختلف عليه فيه:

- فرواه الوليد بن مسلم عند ابن أبي عاصم في الديات (ص٤٢)، وشعيب بن إسحاق وبقية بن الوليد عند الطحاوي في مشكل الآثار (٦١٥٨,٦١٥٧)، وأبو المغيرة عند البيهقي (١٧٦٧٦)، عن الأوزاعي مرسلًا بمثل رواية مالك.

- ورواه محمد بن مصعب عند أحمد (١٨٦٠٦)، وأيوب بن سويد عند الشافعي (ص١٩٥)، والفريابي عند البيهقي (١٧٦٧٨)، والوليد بن مسلم عند النسائي في الكبرى (٥٧٥٣)، ومحمد بن كثير عند الحاكم (٢٣٠٣)، جميعهم عن الأوزاعي، عن الزهري، عن حرام بن سعد، عن البراء بن عازب. واختلف في سماع حرام بن سعد من البراء، فقال ابن حبان وابن حزم والإشبيلي: لم يسمع منه، وذكر الشافعي أنها متصلة كما سيأتي.

وتابع الأوزاعي على هذه الرواية بجعلها من مسند البراء: عبد الله بن عيسى وإسماعيل بن أمية عند النسائي في الكبرى (٥٧٥٢)، فرَوَيَاها عن الزهري، عن حرام، عن البراء.

- ورواه محمد بن كثير الثقفي عند النسائي في الكبرى (٥٧٥٤)، عن الأوزاعي عن الزهري، عن حرام بن محيصة، عن أبيه. ومحمد بن كثير هذا صدوق كثير الغلط كما في التقريب.

(إِلَّا أَنْ تُرْسَلَ) نَهارًا (بِقُرْبِ مَا تُتْلِفُهُ عَادَةً)؛ فَيَضمَنُ مُرسِلُها لتفريطِهِ[١].

وإذا طَرَد دابةً مِن زَرعِه، لم يَضمَنْ[٢] إلا أن يُدخِلَها مزرعةَ غيرِهِ[٣]، . .

وتابعه على ذلك عبد الرزاق عند أحمد (٢٣٦٩٧)، عن معمر، عن الزهري، عن حرام بن مُحَيِّصَةَ، عن أبيه. ونقل ابن عبد البر عن أبي داود: (لم يُتابع عبد الرزاق على قوله في هذا الحديث عن أبيه)، وذكر الدارقطني والبيهقي أن وُهَيبَ بن خالد وأبا مسعود الزجاج قد خالفا عبد الرزاق، فروياه عن معمر فلم يقولا: عن أبيه.

ولهذا الاختلاف، رجح الطحاوي، وابن عبد البر، وابن حزم الرواية المرسلة، وصحح الحاكم، والذهبي، والألباني المتصل لرواية الأوزاعي والمتابعات المذكورة، وقال الشافعي: (فأخذنا به لثبوته باتصاله ومعرفة رجاله).

قال ابن عبد البر: (هذا الحديث وإن كان مرسلًا، فهو حديث مشهور، أرسله الأئمة، وحدث به الثقات، واستعمله فقهاء الحجاز، وتلقوه بالقبول، وجرى في المدينة به العمل). [انظر: اختلاف الحديث ٨/ ٦٧٧، الثقات لابن حبان ٤/ ١٨٥، شرح مشكل الآثار ١٥/ ٤٦٢، التمهيد ١١/ ٨١، المحلى ٦/ ٤٤٥، بيان الوهم ٢/ ٣٢٦، التلخيص الحبير ٤/ ٢٣٣، الإرواء ٥/ ٣٦٢].

(١) في الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٥/ ٣٤١: (ظاهره سواءٌ أرسلها بقرب ما تتلفه عادةً أو لا. . . وهو ظاهر كلام الأكثرين من أهل المذهب. . . وقال القاضي وجماعةٌ من الأصحاب: لا يضمن إلَّا أن يرسلها بقرب ما تتلفه عادةً فيضمن. . . قلت: وهو الصَّواب. . .).

(٢) أي: ما أفسدته من مزرعة غيره.

(٣) فيضمن ما أفسدت منها؛ لتسبُّبه، وظاهره: ولو مزرعة ربِّها.

فإن اتصلت المزارعُ صَبَرَ ليَرجِعَ على ربِّها[١]، ولو قَدَر أن يخرِجَها وله مُنصرَفٌ غيرُ المزارِعِ فتَرَكَها؛ فَهَدَرٌ[٢].

(وَإِنْ كَانَتِ) البهيمةُ (بِيَدِ رَاكِبٍ أَوْ قَائِدٍ أَوْ سَائِقٍ؛ ضَمِنَ جِنَايَتَهَا بِمُقَدَّمِهَا)؛ كيَدِها وفمِها، (لَا) ما جَنَت (بِمُؤَخَّرِهَا)[٣]؛ كرجلِها؛ لما رُوي عن سعيدٍ

---

(١) أي: بقيمة ما تأكله حيث لا يمكنه منعها إلَّا بتسليطها على مال غيره.

(٢) أي: فتركها في مزرعته ليرجع على ربِّها، فما أكلته هدرٌ لا رجوع على ربِّ الدَّابَّة؛ لتفريطه بعدم صرفها، وتركها تأكل.

(٣) وهذا هو المذهب؛ لما استدلَّ به المؤلِّف، وسواءٌ مالكًا للدَّابَّة، أو مستأجرًا، أو مستعيرًا ونحو ذلك.

وعند الحنفيَّة: جناية الدَّابَّة من ثلاثة أوجهٍ: إمَّا أن تكون في ملك صاحب الدَّابَّة، أو ملك غيره، أو في طريق المسلمين، فإن كانت في ملك صاحب الدَّابَّة ولم يكن صاحبها معها فإنَّه لا يضمن صاحبها مطلقًا، وإن كان صاحبها معها فإن كان قائدًا لها أو سائقًا لها فلا ضمان عليه، وإن كان صاحب الدَّابَّة راكبًا على الدَّابَّة، والدَّابَّة تسير، فإن وطئت بيدها أو برجلها يضمن... وإن كدمت أو نفحت برجلها أو بيدها أو ضربت بذَنَبها فلا ضمان.

وإن كانت في ملك غير صاحب الدَّابَّة فإن دخلت في ملك الغير من غير إدخال صاحبها بأن كانت منفلتةً فلا ضمان على صاحبها، وإن دخلت بإدخال صاحبها فضامنٌ مطلقًا...، وإن كان بإذن مالكه فهو كما لو كان في ملكه، وإن كانت في طريق المسلمين فتقدَّم قريبًا.

وعند المالكيَّة: لا يضمن جنايتها إلَّا إذا كان بسببٍ من القائد.

وعند الشَّافعيَّة: من كان معه دابَّةٌ أو دوابُّ ضمن إتلافها بيدها أو رجلها أو غير ذلك، نفسًا ومالًا، ليلًا ونهارًا؛ لأنَّها في يده، وعليها تعهُّده.

مرفوعًا: «الرِّجْلُ جُبَارٌ»[(١)]، وفي روايةِ أبي هريرةَ: «رِجْلُ العَجْمَاءِ[(٢)] جُبَارٌ»[(٣)]، ولو كان السببُ مِن غيرِهِم؛ كنخسٍ وتنفيرٍ؛ ضَمِن فاعِلُه[(٤)]، فلو رَكِبَها اثنان فالضمانُ على المتصرِّفِ مِنهما[(٥)].

ولو بالت أو راثت بطريقٍ فتلف به نفسٌ أو مالٌ فلا ضمان. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٦/ ٥٠، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/ ٣٥٧، مغني المحتاج ٤/ ٢٠٤، كشَّاف القناع ٤/ ١٢٥].

(١) لم نقف عليه من حديث سعيد، وإنما رواه أبو داود (٤٥٩٢)، وأبو عوانة (٦٣٧١) من طريق سفيان بن حسين، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا. قال ابن حزم: (وهذا إسناد مستقيم لاتصال الثقات فيه)، وصححه أبو عوانة.

وأعله الشافعي، والدارقطني، والبيهقي، وابن عبد البر، والألباني، وغيرهم، قال البيهقي: (قال الشافعي رضي الله عنه: وأما ما روي عن النبي ﷺ من: «الرِّجْل جبار»، فهو غلط، والله أعلم؛ لأن الحفاظ لم يحفظوا هكذا) ثم قال البيهقي: (هذه الزيادة ينفرد بها سفيان بن حسين عن الزهري، وقد رواه مالك بن أنس والليث بن سعد وابن جريج ومعمر وعقيل وسفيان بن عيينة وغيرهم، عن الزهري، لم يذكر أحد منهم فيه الرِّجْل)، قال ابن حجر: (وقد اتفق الحفاظ على تغليط سفيان بن حسين). [انظر: سنن الدارقطني ٤/ ١٨٦، السنن الكبرى ٨/ ٥٩٥، التمهيد ٧/ ٢٤، المحلى ١١/ ٢٢٢، فتح الباري ١٢/ ٢٥٦، الإرواء ٥/ ٣٦١].

(٢) العجماء: الدَّابَّة، جُبَارٌ: هدرٌ.

(٣) لم نقف على من رواه بهذا اللفظ، وانظر التعليق السابق.

(٤) اتِّفاقًا؛ لوجود السَّبب منه. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٥) لقدرته على كفِّها.

(وَبَاقِي جِنَايَتِهَا هَدَرٌ) إذا لم يَكُن يدُ أحدٍ عليها[(١)]؛ لقولِهِ ﷺ: «**العَجْمَاء جُبَارٌ**»[(٢)]، أي: هَدَرٌ[(٣)]، إلا الضَّاريةَ والجوارحَ وشِبهَهَا[(٤)]؛ (**كَقَتْلِ الصَّائِلِ عَلَيْهِ**)[(٥)] مِن آدميٍّ أو غيرِهِ ....

وفي الإنصاف ١٥/ ٣٣٥: (وإن كان مع الدَّابَّة سائقٌ وقائدٌ فالضَّمان عليهما على المذهب...، قال الحارثيُّ: عن بعض المالكيَّة: الضَّمان على القائد وحده، قال: وهذا قولٌ حسنٌ، وإن كان معهما أو مع أحدهما راكبٌ اشتركوا في الضَّمان على الصَّحيح من المذهب... وفيه وجهٌ آخر: الضَّمان على الرَّاكب فقط...، وقيل: يضمن القائد فقط، وهو احتمالٌ في المغني). [انظر: المغني ١٢/ ٥٤٥].

(١) وسوى ما استثنى، فلو انفلتت الدَّابَّة ممَّن هي في يده وأفسدت فلا ضمان.

(٢) رواه البخاري (١٤٩٩)، ومسلم (١٧١٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) في المصباح ١/ ٨٩، وقال شيخ الإسلام كما في حاشية ابن قاسم ٥/ ٤٢٢: (كلُّ بهيمةٍ عجماء فجنايتها غير مضمونةٍ إذا فعلت بنفسها ولم تكن عقورًا، ولا فرَّط صاحبها في حفظها في اللَّيل، أو في أسواق المسلمين ومجامعهم).

(٤) فيلزم مالكها وغيره ضمان ما أتلف.

(٥) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ ولا إثم عليه ولا دية ولا كفَّارة؛ لأنَّه مأمورٌ بذلك.

وعند الحنفيَّة: أنَّ المصول عليه يضمن البهيمة الصَّائلة عليه بالقيمة إذا كانت لغيره؛ لأنَّه أتلف مال غيره لإحياء نفسه كالمضطرِّ إلى طعام غيره إذا أكله، ومثل البهيمة غير المكلَّف من الآدميِّين كالصَّبيِّ والمجنون فيضمنهما إذا قتلهما بالدِّية؛ لأنَّهما لا يملكان إباحة أنفسهما ولذلك لو ارتدَّا لم يقتلا. [انظر: حاشية

إن لم يَندفِعْ إلا بالقتلِ[(١)]، فإذا قَتَله لم يَضمَنْهُ؛ لأنَّه قَتَلَهُ بدَفْعٍ جائزٍ؛ لما فيه مِن صِيانةِ النفسِ[(٢)].

ابن عابدين ٥/ ٣٥١، جواهر الإكليل ٢/ ٢٩٧، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/ ٣٥٧، نهاية المحتاج ٨/ ٢١، كشَّاف القناع ٦/ ١٥٤].

وقال شيخ الإسلام كما في الفتاوى الكبرى ٤/ ٥٩٥: (عليه أن يدفع الصَّائل عليه، فإن لم يندفع إلَّا بالقتل كان له ذلك باتِّفاق الفقهاء، فإن ادَّعى القاتل أنَّه صال عليه وأنكر أولياء المقتول، فإن كان المقتول معروفًا بالبرِّ وقتله في محلٍّ لا ريبة فيه؛ لم يقبل قول القاتل، وإن كان معروفًا بالفجور والقاتل معروفًا بالبرِّ فالقول قول القاتل مع يمينه، لا سيَّما إذا كان معروفًا بالتَّعرُّض له قبل ذلك.

ومن رأى رجلًا يفجر بأهله جاز له قتلهما فيما بينه وبين الله، سواءٌ كان الفاجر محصنًا أو غير محصنٍ، معروفًا بذلك أم لا، كما دلَّ عليه كلام الأصحاب وفتاوى الصَّحابة، وليس هذا من باب دفع الصَّائل كما ظنَّه بعضهم، بل من باب عقوبة المعتدين المؤذين، وأمَّا إذا دخل الرَّجل ولم يفعل بعدُ فاحشةً ولكن دخل لأجل ذلك فهذا فيه نزاعٌ).

(١) دفعًا عن نفسه، وعن غيره.

(٢) لما روى أبو هريرة ﷺ قال: «جاء رجلٌ فقال: يا رسول الله، أرأيت إن جاء رجلٌ يريد أخذ مالي؟ قال: فلا تعطه مالك، قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: قاتِلْه، قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: فأنت شهيدٌ، قال: أرأيت إن قتلتُه؟ قال: هو في النَّار»، رواه مسلمٌ، وروى سعيد بن زيدٍ ﷺ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «من قُتِل دون دينه فهو شهيدٌ، ومن قُتل دون دمه فهو شهيدٌ، ومن قُتل دون ماله فهو شهيدٌ، ومن قُتل دون أهله فهو شهيدٌ»، رواه أهل السُّنن وصحَّحه التِّرمذيُّ.

(وَ) كـ (كَسْرِ مِزْمَارٍ) أو غيرِهِ مِن آلاتِ اللهوِ[1]، (وَصَلِيبٍ[2]، وَآنِيَةِ ذَهَبٍ

---

(١) كالعود، والطَّبل، وغيرهما.

فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: يجب إتلاف آلات اللّهو؛ لقوله تعالى: ﴿وَقُلْ جَآءَ ٱلْحَقُّ وَزَهَقَ ٱلْبَٰطِلُ ۚ إِنَّ ٱلْبَٰطِلَ كَانَ زَهُوقًا ﴿٨١﴾﴾، ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «والَّذي نفسي بيده ليوشكنَّ أن ينزل فيكم ابن مريم حَكَمًا عدلًا فيكسر الصليب، ويقتل الخنزير، ويضع الجزية، ويفيض المال حتَّى لا يقبله أحدٌ» متَّفقٌ عليه.

قال ابن حجرٍ في الفتح ٥/٥٦٧: (ويستفاد منه تغيير المنكرات، وكسر آلة الباطل).

وعند أبي حنيفة: لا يجوز إتلاف هذه الآلات؛ لأنَّها أموالٌ تصلح لما يحلُّ من وجوه الانتفاع.

وعند المالكيَّة والحنابلة: لا ضمان على من أتلف شيئًا من هذه الآلات، لما فيه من تغيير المنكر.

وعند أبي حنيفة والشَّافعيَّة: أنَّ الإتلاف إذا تجاوز هيئة المنكر إلى مادَّتها وجب ضمان العين؛ لأنَّ المنكر هو الهيئة المخصوصة فيزول بزوالها وما يبقى بعد ذلك قابلٌ للتَّمويل. [انظر: حاشية ابن عابدين ٥/١٣٤، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/٣٣٦، شرح المحلِّي على المنهاج ٣/٣٣، المغني مع الشَّرح الكبير ٥/٤٤٥].

(٢) وغير ذلك كالأوثان وآلات السِّحر والتَّنجيم، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿فَجَعَلَهُمْ جُذَٰذًا إِلَّا كَبِيرًا لَّهُمْ لَعَلَّهُمْ إِلَيْهِ يَرْجِعُونَ ﴿٥٨﴾﴾ ولحديث ابن مسعودٍ في تكسيره ﷺ الأصنام حول الكعبة متَّفقٌ عليه، ولحديث عمرو بن عَبَسَةَ وفيه قوله ﷺ: «أرسلني الله بصلة الأرحام، وكسر الأوثان، وأن يوحَّد الله لا يُشرَك به شيءٌ» رواه مسلمٌ، ولما تقدَّم قريبًا من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

وَفِضَّةٍ، وَآنِيَةِ خَمْرٍ غَيْرِ محْتَرَمَةٍ)(١)؛ لما روى أحمدُ عن ابنِ عمرَ: **«أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَهُ أَنْ يَأْخُذَ مُدْيَةً، ثُمَّ خَرَجَ إِلَى أَسْوَاقِ المَدِينَةِ وَفِيهَا زِقَاقُ الخَمْرِ قَدْ جُلِبَت مِنَ الشَّامِ، فَشُقَّتْ بِحَضْرَتِهِ، وَأَمَرَ أَصْحَابَهُ بِذَلِكَ»**(٢).

---

(١) فالمذهب ومذهب المالكيَّة، وقولٌ عند الحنفيَّة عليه الفتوى عندهم: يجوز إتلاف آنية الخمر مطلقًا سواءٌ قدر على إراقته أم لا؛ لما روى ابن مسعودٍ رضي الله عنه: «يحلف بالله أنَّ الَّتي أمر بها رسول الله ﷺ حين حرِّمت الخمر أن يكسر دنانه، وأن يكفأ ثمر التَّمر والزَّبيب» رواه الدَّارقطنيُّ وصحَّحه ابن القيِّم في الطُّرق الحكميَّة ص ٢١٦.

وعند الحنفيَّة والشَّافعيَّة: أنَّ إتلاف آنية الخمر غير جائزٍ؛ لحديث ابن عبَّاسٍ رضي الله عنه في قصَّة الرَّجل الَّذي أهدى للنَّبيِّ ﷺ «راوية خمرٍ... ففتح المزادة حتَّى ذهب ما فيها» رواه مسلمٌ، فلم يأمر النَّبيُّ ﷺ بخرق الرَّاوية. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٢) رواه أحمد (٦١٦٥)، من طريق أبي بكر بن أبي مريم، عن ضمرة بن حبيب، عن ابن عمر رضي الله عنهما في حديث طويل. وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف كما قال الحافظ في التقريب، إلا أنه قد توبع من طريقين:

الأولى: رواها أحمد (٥٣٩٠)، من طريق ابن لهيعة، عن أبي طعمة، عن ابن عمر رضي الله عنهما بنحوه. وفيه ضعف؛ لضعف ابن لهيعة، وأبو طعمة قال فيه الهيثمي: (قد وثقه محمد بن عبد الله بن عمار الموصلي، وضعفه مكحول).

والثانية: رواها الطحاوي في مشكل الآثار (٣٣٤٢)، والحاكم (٧٢٢٨)، من طريق خالد بن يزيد، عن ثابت بن يزيد الخولاني، عن ابن عمر رضي الله عنهما في حديث طويل. وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي، قال الألباني: (أما الصحة فلا، وأما الحسن فمحتمل). [انظر: مجمع الزوائد ٥/ ٥٤، تقريب التهذيب ص٦٢٣، الإرواء ٥/ ٣٦٥].

ولا يَضمَنُ كتابًا فيه أحاديثُ رَدِيَّةٌ[١]، ولا حَلْيًا محرَّمًا على رجالٍ إذا لم يَصلُحْ للنساءِ.

  

---

(١) قال ابن القيِّم في الطُّرق الحكميَّة ص ٢١٥: (الكتب المشتملة على الكذب والبدعة يجب إتلافها وإعدامها، وهي أَولى بذلك من إتلاف آلات اللَّهو والمعازف وإتلاف آنية الخمر، فإنَّ ضررها أعظم من هذه)؛ لأنَّ الصَّحابة حرَّقوا جميع المصاحف المخالفة لمصحف عثمان لـمَّا خافوا على الأمَّة من الاختلاف، ولأمره ﷺ بتحريق مسجد الضِّرار.

ويستثنى ما كان مبيِّنًا لوجه الضَّلال والرَّدِّ عليه، مثل كتب الموضوعات في السُّنَّة.

(بَابُ الشُّفْعَةِ)(١)

(١) أي: باب ذكر أحكام الشُّفعة.

وتطلق أيضًا لغةً على: الإعانة، يقال: شفع فلانٌ لفلانٍ في كذا، أي: طلب الإعانة له عليه، وعلى الزِّيادة؛ لأنَّ الشَّفيع يزيد في ملكه بأخذ العين المشفوع فيها. [انظر: القاموس ٣/٤٧، لسان العرب ٢/٣٣٤، المصباح المنير ١/٣٧٥].

والشُّفعة ثابتةٌ بالسُّنَّة، كما في حديث جابر رضي الله عنه الآتي قريبًا.

والإجماع قال ابن المنذر في الإجماع ص ١٢١: (وأجمعوا على إثبات الشُّفعة للشَّريك الَّذي لم يقاسم، فيما بِيع من أرضٍ أو دارٍ، أو حائطٍ).

ويرى أبو بكر الأصمُّ عدم مشروعيَّة الشُّفعة؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾، وأجيب عن هذا الاستدلال: أنَّ هذا ليس من أكل المال بالباطل؛ لأنَّ المشتري يعارض عليها بما يبذله الشَّفيع من الثَّمن للمشتري.

وأيضًا: فإنَّ السُّنَّة ثابتةٌ بها فتخصَّص من اشتراط الرِّضا. [انظر: تكملة المجموع ١٣/٣٥٧].

والشُّفعة جاءت على وفق القياس، قال ابن القيِّم في إعلام الموقِّعين ٢/ ١١١: (من محاسن الشَّريعة وعدلِها وقيامِها بمصالح العباد ورودُها بالشُّفعة، ولا يليق بها غير ذلك، فإنَّ حكمة الشَّارع اقتضت رفع الضَّرر عن المكلَّفين ما أمكن، فإن لم يمكن رفعه إلَّا بضررٍ أعظم منه أبقاه على حاله، وإن أمكن رفعه بالتزام ضررٍ دونه رفعه، ولـمَّا كانت الشَّركة منشأ الضَّرر في الغالب، فإنَّ الخلطاء يكثر فيهم بغيُ بعضهم على بعضٍ؛ شرع الله سبحانه رفع هذا الضَّرر بالقسمة تارةً وانفراد كلٍّ من الشَّريكين بنصيبه، وبالشُّفعة تارةً، وانفراد أحد الشَّريكين بالجملة إذا لم يكن على الآخر ضررٌ في ذلك...) اهـ.

بإسكانِ الفاءِ(١)، مِن الشَّفعِ، وهو الزوجُ(٢)؛ لأنَّ الشفيعَ بالشُّفعةِ يَضُم المبيعَ إلى مِلكِهِ الذي كان مُنفردًا.

وعند الحنفيَّة، والشَّافعيَّة والحنابلة: الشُّفعة على خلاف القياس؛ لأنَّها قائمةٌ على أخذ مال الغير بغير رضاه، وقد قال النَّبيُّ ﷺ: «لا يحلُّ مال امرئٍ مسلمٍ إلَّا بطيب نفسٍ منه».

ولأنَّه بالأخذ يدفع الضَّرر عن نفسه على وجهٍ يلحق الضَّرر بالمشتري في إبطال ملكه عليه، وليس لأحدٍ أن يدفع الضَّرر عن نفسه بالإضرار بغيره.

فرعٌ: والشُّفعة كانت قبل الإسلام:

ففي اللِّسان ٨/ ١٨٤: (قال القتيبيُّ في تفسير الشُّفعة: كان الرَّجل في الجاهليَّة إذا أراد أن يبيع منزل رجلٍ فشفع إليه فيما باع فشفَّعه وجعله أَولى بالمبيع ممَّن بَعُد سببه، فسمِّيت شفعةً، وسمِّي طالبها شفيعًا).

مسألةٌ: الحكمة من مشروعيَّة الشُّفعة:

اختلف العلماء في الضَّرر الَّذي قصد الشَّارع رفعه بالشُّفعة على أقوالٍ:

القول الأوَّل: ذهب الحنفيَّة إلى أنَّ الشُّفعة شرعت لدفع أذى الدَّخيل وضرره، فتثبت للشَّريك كما تثبت للجار.

القول الثَّاني: سبب الشُّفعة هو دفع ضرر الشَّركة، وعلى هذا فلا تثبت للجار، وهذا مذهب الحنابلة، وأحد القولين في مذهب المالكيَّة.

القول الثَّالث: سبب الشُّفعة دفع ضرر القسمة، ولا تثبت إلَّا فيما يقبل القسمة، وهذا مذهب الشَّافعيَّة، والحنابلة، والقول الثَّاني للمالكيَّة. [انظر: بدائع الصَّنائع ٥/ ٥، الشَّرح الكبير ٣/ ٤٧٦، الحاوي الكبير ٧/ ٢٣٠، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٤٠، أحكام الشُّفعة ٣٣].

(١) لا غير، وضمِّ الشِّين، اسمٌ مفردٌ.

(٢) خلاف الفرد.

(وَهِيَ اسْتِحْقَاقُ) الشَّرِيكِ[١] (انْتِزَاعَ حِصَّةِ شَرِيكِهِ مِمَّنِ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِ بِعِوَضٍ مَالِيٍّ)[٢]؛ كالبيعِ والصُّلحِ والهبةِ بمعناه[٣]، فيَأْخُذُ الشفيعُ نَصيبَ البائعِ (بِثَمَنِهِ الَّذِي اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ العَقْدُ)[٤][٥]؛ ....

(١) الشُّفعة انتزاع النَّصيب، وليس مجرَّد استحقاقٍ.

(٢) ومن تعريفات الحنفيَّة كما في تبيين الحقائق ٥/ ٢٣٩: (تملُّك البقعة جبرًا على المشتري، بما قام عليه).

ومن تعريفات المالكيَّة كما في التَّاج والإكليل ٥/ ٣١٠: (استحقاق شريكٍ ولو ذمِّيًّا أخذ مبيع شريكه بثمنه).

ومن تعريفات الشَّافعيَّة كما في مغني المحتاج ٢/ ٢٩٦: (حقُّ تملُّكٍ قهريٌّ يثبت للشَّريك القديم على الحادث فيما ملك بعوضٍ).

(٣) الصُّلح بمعنى البيع، والهبة بمعنى البيع تقدَّما في باب الخيار، والصُّلح.

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: أنَّ الشَّفيع يأخذ بالثَّمن الَّذي استقرَّ عليه العقد ولا حظَّ له فيما حطَّ البائع عن المشتري من الثَّمن؛ لأنَّ الحطَّ من الثَّمن لا يغيِّر من الثَّمن المسمَّى في عقد البيع كالزِّيادة في الثَّمن بعد استقرار البيع.

وعند المالكيَّة: إن كان المحطوط من الثَّمن ما تجري به العادة بين النَّاس، فيحطُّ عنه الشَّفيع، وإلَّا لم يحطَّ عنه، وتكون هبةً من البائع للمشتري لا حقَّ للشَّفيع بها.

وعند الحنفيَّة: أنَّه يثبت حقُّ الشَّفيع فيما حطَّ البائع عن المشتري من الثَّمن؛ لكونه يلحق أصل العقد. [انظر: حاشية ابن عابدين ٥/ ١٤٦، المدوَّنة ٤/ ٢١٢، التَّاج والإكليل ٥/ ٣٣١، روضة الطَّالبين ٥/ ٩٠، المبدع ٥/ ٢٢٤، شرح المنتهى ٢/ ٤٤٦، أحكام الشُّفعة ٥٦].

(٥) في الباطن، قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص ٢٤٣: (ويجب

لما روى أحمدُ والبخاري عن جابرٍ: «**أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ مَا لَمْ يُقْسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ وَصُرِّفَتِ**[١] **الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ**»[٢].

(فَإِنِ انْتَقَلَ) نصيبُ الشَّريكِ (بِغَيْرِ عِوَضٍ)؛ كالإرثِ، والهبةِ بغيرِ ثوابٍ، والوصيةِ[٣]، (أَوْ كَانَ عِوَضُهُ) غيرَ ماليٍّ؛ ....

على المشتري أن يسلِّم الشِّقص المشفوع بالثَّمن الَّذي تراضيا عليه في الباطن إذا طالبه به الشَّريك، وإذا حابى البائع المشتري بالثَّمن محاباةً خارجةً عن العادة يتوجَّه أن لا يكون المشتري أخذه إلَّا بالقيمة، أو أن لا شفعة، فإنَّ المحاباة بمنزلة الهبة من بعض الوجوه، ولا شفعة في بيع الخيار ما لم ينقض، نصَّ عليه أحمد في رواية حنبلٍ، قال القاضي: لأنَّ أخذ الشَّفيع بالشُّفعة يسقط حقَّ البائع من الخيار، فلم يجز له المطالبة بالشُّفعة، وهذا التَّعليل من القاضي يقتضي أنَّ الخيار إذا كان للمشتري وحده فللشَّفيع الأخذ كما يجوز للمشتري أن يتصرَّف فيه في هذا الموضع).

(١) بضمِّ الصَّاد وتشديد الرَّاء أي: بينت مصارفها.

(٢) رواه أحمد (١٤١٥٧)، والبخاري (٢٢١٤).

(٣) انتقال الشِّقص إلى المشتري الجديد له أربع حالاتٌ:

الأولى: أن يكون بطريق البيع، وهذا تثبت به الشُّفعة باتِّفاق القائلين لمشروعيَّة الشُّفعة، وكذا ما كان بمعنى البيع كالصُّلح على مالٍ، والصُّلح عن جناية الخطأ الموجبة للمال، أو الهبة المشروط فيها ثوابٌ معلومٌ، ونحو ذلك؛ لقوله ﷺ: «لا يحلُّ له أن يبيع حتَّى يُؤْذِنَ شريكه، فإن باع ولم يستأذنه فهو أحقُّ به».

الثَّانية: أن يكون عن طريق الإرث، وهذا لا شفعة فيه اتِّفاقًا. [بداية المجتهد ٢/ ١٩٥].

الثَّالثة: أن يكون بغير عوضٍ كالهبة، والصَّدقة، والوصيَّة، وهذا لا شفعة

بأن جُعِل (صَدَاقًا، أَوْ خُلْعًا[1]، أَوْ صُلْحًا عَنْ دَمِ عَمْدٍ؛ فَلَا شُفْعَةَ)؛ لأنَّه مملوكٌ بغيرِ مالٍ، أشبه الإرثَ، ولأنَّ الخبرَ وَرَد في البيعِ، وهذه ليست في معناه.

(وَيحْرُمُ التَّحَيُّلُ[2] ....

فيه عند جمهور أهل العلم؛ لأنَّه انتقل بغير عوضٍ فأشبه الميراث.

وحكي عن الإمام مالكٍ روايةٌ، وبه قال ابن أبي ليلى: أنَّ الشُّفعة تجب في المنتقل بهبةٍ أو صدقةٍ؛ لأنَّ الشُّفعة شرعت لإزالة الضَّرر عن الشُّركاء، والضَّرر موجودٌ بينهم في الهبة، والصَّدقة.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنَّ النَّصَّ إنَّما ورد في البيع فقط، وألحق به ما في معناه، والصَّدقة والهبة ليست في معنى البيع، بل أشبه بالميراث.

الحالة الرَّابعة: أن يكون انتقال الشَّقص بعوضٍ غير ماليٍّ كما مثل المؤلِّف.

فالمذهب، ومذهب الحنفيَّة: عدم ثبوت الشُّفعة؛ لأنَّ النَّصَّ إنَّما ورد في البيع، وهذه ليست بيعًا، ولا في معناه، ولأنَّ المعتاض يملك الشِّقص بغير مالٍ، فأشبه الموهوب، والميراث.

وعند المالكيَّة والشَّافعيَّة: أنَّ كلَّ ما ملك فيه الشِّقص بعوضٍ تثبت به الشُّفعة؛ لأنَّ التَّملُّك تمَّ بعقد معاوضةٍ، فثبت فيه الشُّفعة قياسًا على البيع، مع لحوق الضَّرر في كلٍّ. [انظر: اللُّباب ٢/ ١١٠، المدوَّنة ٤/ ٢٢٧، المنتقى للباجيِّ ٦/ ٢٠٦، المهذب ٢/ ٣٧٧، الإفصاح ٢/ ٣٨، المغني ٧/ ٤٤٤، الإنصاف ٦/ ٢٥٣، أحكام الشُّفعة ٧١].

(١) أي: بأن جعل الشَّريك الشِّقص المبيع صداقًا أو جعله خلعًا، فلا شفعة، أو عوض طلاقٍ ونحو ذلك.

(٢) في المصباح ١/ ١٨٩: والحيلة: الحذق في تدبير الأمور، وهو تقليب الفكر حتَّى يهتدي إلى المقصود، وفي المفردات للرَّاغب ص ١٣٨: (والحيلة والحويلة

لِإِسْقَاطِهَا[(١)]، قال الإمامُ[(٢)]: (لا يجوزُ شيءٌ مِن الحيلِ في إبطالها، ولا إبطالِ حقِّ مسلم)[(٣)]، واستدل الأصحابُ: بما روى أبو هريرةَ عن النبي ﷺ: «لَا تَرْتَكِبُوا مَا ارْتَكَبَتِ اليَهُودُ[(٤)]، ....

ما يتوصَّل به إلى حالةٍ مّا في خفيةٍ، وأكثر استعمالها فيما في تعاطيه خبثٌ).

(١) وقد ذكر الفقهاء صورًا من الحيل الَّتي تؤدِّي في ظاهرها إلى سقوط الشُّفعة، فمن ذلك: أن يقوم البائع والمشتري على إظهار انتقال العين عن طريق الهبة.

أو أن يهب البائع الشِّقص للمشتري، ثمَّ يهبه المشتري ما يرضيه ممَّا يقوم مقام الثَّمن لقصد إسقاط الشُّفعة، أو أن يشتري الشِّقص بألف ريال وهو لا يساوي ثلاثمائة ريالٍ، أو أن يشتريه بهذا المبلغ، ثمَّ يسقط عنه البائع ما زاد عن القيمة الحقيقيَّة. [انظر: إعلام الموقِّعين ٣/ ٢٥٦].

(٢) كما في رواية إسماعيل بن سعيد الشالنجي. [انظر: طبقات الحنابلة ١/ ١٠٤].

(٣) فالمذهب: تحريم الحيل لإسقاط الشُّفعة؛ لما استدلَّ به المؤلِّف، ولأنَّ الله تعالى ذمَّ المخادعين في قوله تعالى: ﴿يُخَٰدِعُونَ ٱللَّهَ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَمَا يَخۡدَعُونَ إِلَّآ أَنفُسَهُمۡ وَمَا يَشۡعُرُونَ ۝٩﴾.

وعند الشَّافعيَّة؛ وبه قال محمَّد بن الحسن: كراهة الحيلة لإسقاط الشُّفعة؛ لما في ذلك من إسقاط حقِّ الشُّفعة، وسدٌّ باب دفع الضَّرر عن الشَّريك.

وفي وجهٍ للشَّافعيَّة: جواز الحيلة لإسقاط الشُّفعة، بحجَّة أنَّه ليس فيها إسقاطٌ لحقٍّ وجب، وإنَّما لمنع الوجوب. [انظر: حاشية ابن عابدين ٥/ ١٥٦، روضة الطَّالبين ٥/ ١١٦، المغني ٧/ ٤٨٥، إعلام الموقِّعين ٣/ ٢٥٦، أحكام الشُّفعة ٨٧].

(٤) ومن حيلهم نصبهم الشِّباك ونحوه يوم الجمعة، فإذا جاءت الحيتان يوم

فَتَسْتَحِلُّوا محَارِمَ اللهِ بِأَدْنَى الحِيَلِ»(١).

(وَتَثْبُتُ) الشفعةُ (لِشَرِيكٍ فِي أَرْضٍ تجِبُ قِسْمَتُهَا)(٢)، فلا شفعةَ في مَنقولٍ؛ كسيفٍ ونحوِهِ(٣)؛ لأنَّه لا نصَّ فيه، ولا هو في معنى المنصوصِ،

السَّبت وقعت فيه وقالوا: ما اصطدنا يوم السَّبت، فمسخهم الله قردةً وخنازير قال تعالى: ﴿فَجَعَلْنَٰهَا نَكَٰلًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهَا وَمَا خَلْفَهَا وَمَوْعِظَةً لِّلْمُتَّقِينَ ﴿٦٦﴾﴾ أي: أمَّة محمَّدٍ ﷺ ليتَّعظوا بذلك فيتجنَّبوا مثل فعلهم، وفي حديث جابر رضي الله عنه أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «قاتل الله اليهود، إنَّ الله لـمَّا حرَّم عليهم الشُّحوم جملوها، ثمَّ باعوها فأكلوا ثمنها»، متَّفقٌ عليه.

(١) رواه ابن بطة في إبطال الحيل (ص٤٦)، من طريق يزيد بن هارون، حدثنا محمد بن عمرو، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا. وحسن إسناده ابن تيمية وابن القيم، وقال ابن كثير: (وهذا إسناد جيد، فإن أحمد بن محمد بن سلم هذا ذكره الخطيب في تاريخه ووثقه، وباقي رجاله مشهورون ثقات، ويصحح الترمذي بمثل هذا الإسناد كثيرًا). [انظر: مجموع الفتاوى ٢٩/٢٩، تهذيب السنن ٢/ ١٤٥، تفسير ابن كثير ١/ ٢٩٣].

(٢) أي: قسمة إجبارٍ - وهي ما لا ضرر في قسمته، ولا ردَّ عوضٍ - قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص ٢٤٣: (تثبت - أي: الشُّفعة - في كلِّ عقارٍ يقبل قسمة الإجبار باتِّفاق الأئمَّة).

(٣) وجوهرٍ وقلمٍ وحيوانٍ، وسيَّارةٍ، وزرعٍ وثمرةٍ وغير ذلك.

وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، لما استدلَّ به المؤلِّف.

ولما تقدَّم من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قريبًا فالنَّبيُّ ﷺ قصر الشُّفعة على ما هو عقارٌ.

وأجيب عن هذا الاستدلال: بأنَّ ذكر بعض أفراد العامِّ لا يقتضي التَّخصيص.

ولا فيما لا تجبُ قِسمتُهُ؛ كحمَّامٍ ودُورٍ صغيرةٍ[١] ونحوها؛ لقولِه ﷺ: «لَا شُفْعَةَ فِي فِنَاءٍ وَلَا طَرِيقٍ وَلَا مَنْقَبَةٍ»، ....

وعن معمرٍ قال: قلت لأيُّوب: أتعلم أحدًا كان يجعل في الحيوان شفعةً؟ قال: لا. قال معمرٌ: ولا أعلم أحدًا يجعل في الحيوان شفعةً. رواه عبد الرَّزَّاق (١٤٤٢٣)، وإسناده صحيحٌ.

ونوقش: بأنَّ نفي العلم بالقول ليس نفيًا للوجود.

وعن الإمام أحمد، وهو قول الظَّاهريَّة، ورجَّحه ابن تيميَّة، وابن القيِّم: ثبوت الشُّفعة؛ لحديث جابر رضي الله عنه قال: «إنَّما جعل رسول الله ﷺ الشُّفعة في كلِّ ما لم يقسم»، رواه البخاريُّ، وهذا يشمل المنقول.

ولحديث ابن عبَّاسٍ رضي الله عنهما، قال: قال رسول الله رضي الله عنه: «الشَّريك شفيعٌ، والشُّفعة في كلِّ شيءٍ»، رواه التِّرمذيُّ (١٣٧١)، والمحفوظ إرساله.

ولأنَّ الضَّرر الثَّابت في العقار هو بعينه ثابتٌ في المنقول. [انظر: المبسوط ١٤/ ٩٨، بداية المجتهد ٢/ ١٩٤، روضة الطَّالبين ٥/ ٦٩، الإنصاف ٦/ ٢٥٧، إعلام الموقِّعين ٢/ ١١٦، المحلَّى ٩/ ٨٣، سبل السَّلام ٣/ ٩٦].

(١) وهذا هو المذهب، وروايةٌ عن الإمام مالكٍ، ومذهب الشَّافعيَّة؛ لما استدلَّ به المؤلِّف، ولقول عثمان رضي الله عنه: «لا شفعة في بئرٍ ولا فحلٍ» رواه البيهقيُّ ٧/ ١٠٥.

ولأنَّ الشُّفعة لو وجبت فيما لا ينقسم لَتَضَرَّرَ الشَّريك، فإنَّه إن باعه لم يرغب به أحدٌ لخوف انتزاعه بالشُّفعة، وإن طلب القسمة لم تجب إجابته لضرر القسمة. [انظر: مجموع الفتاوى ٣٠/ ٣٨٢].

وعند الحنفيَّة، والمالكيَّة، والظَّاهريَّة، وروايةٌ عن أحمد اختارها شيخ الإسلام: ثبوت الشُّفعة فيما لا ينقسم؛ لحديث جابر رضي الله عنه قال: «قضى

رواه أبو عبيدٍ في الغَريبِ[1]، والمَنقَبَةُ: طريقٌ ضيِّقٌ بين دارَيْن، لا يُمكِنُ أن يَسلُكَهُ أحدٌ.

(**وَيَتْبَعُهَا**)، أي: الأرضَ (**الغِرَاسُ، وَالبِنَاءُ**)، فَتَثبُتُ الشفعةُ فيهما تَبعًا للأرضِ إذا بيعَا معها[2]، ....

رسول الله ﷺ بالشُّفعة في كلِّ شركةٍ لم تقسم ربعةٍ أو حائطٍ...» رواه مسلمٌ، وهذا عامٌّ، ولعمومات الشُّفعة، وهذا القول أقرب. [انظر: فتح القدير ٧/ ٤٠٧، مواهب الجليل ٥/ ٣٢٠، روضة الطَّالبين ٥/ ٧٠، مجموع الفتاوى ٣٠/ ٢٨٢، الإنصاف ٦/ ٢٥٧، المحلَّى ٩/ ٨٢، أحكام الشُّفعة ١٢٣].

(١) أورده أبو عبيد القاسم بن سلام في غريب الحديث (٣/ ١٢١) بدون إسناد، ورواه عبد الرزاق (١٤٤٢٧)، حدثنا ابن أبي سبرة، عن محمد بن عمارة، عن محمد بن أبي بكر، أن النبي ﷺ قال: «لا شفعة في ماء، ولا طريق، ولا فحل»، يعني النخل. وأعله ابن عبد الهادي بالانقطاع، وذلك أن محمد بن أبي بكر ولد عام حجة الوداع، فروايته مرسلة.

وقد رواه صالح بن الإمام أحمد في مسائله (١٦١٢)، وعبد الرزاق (١٤٤٢٦)، من طرق عن عثمان ﷺ موقوفًا، قال: «لا شفعة في بئر ولا فحل»، قال أحمد: (ما أصحه من حديث)! وصوب الدارقطني الموقوف. [انظر: علل الدارقطني ٣/ ١٤، تنقيح التحقيق ٤/ ١٧٨، تهذيب التهذيب ٩/ ٨٠].

(٢) باتِّفاق الأئمَّة، أنَّ ما له أصلٌ ثابتٌ على الأرض كالشَّجر والبناء، أنَّها تؤخذ بالشُّفعة إذا دخلت تبعًا مع العقار في الصَّفقة. [انظر: المصادر السَّابقة].

وعند الحنفيَّة، والمالكيَّة، والظَّاهريَّة، وروايةٌ عن أحمد اختارها شيخ الإسلام: ثبوت الشُّفعة فيما لا ينقسم؛ لحديث جابر ﷺ قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشُّفعة في كلِّ شركةٍ لم تقسم ربعةٍ أو حائطٍ...»، رواه مسلمٌ، وهذا عامٌّ، وهذا القول أقرب لعمومات الشُّفعة. [انظر: فتح القدير ٧/ ٤٠٧،

لا إن أُبيعا مفردين(١)، (لَا الثَّمَرَةُ وَالزَّرْعُ) إذا بِيعا مع الأرضِ، فلا يُؤخذانِ بالشفعةِ؛ لأنَّ ذلك لا يَدخُلُ في البيعِ، فلا يَدخُلُ في الشفعةِ؛ كقماشِ الدارِ(٢).

(فَلَا شُفْعَةَ لِجَارٍ)(٣)؛ لحديثِ جابرٍ السابقِ.

مواهب الجليل ٥/ ٣٢٠، وروضة الطَّالبين ٥/ ٧٠، مجموع الفتاوى ٣٠/ ٢٨٢، الإنصاف ٦/ ٢٥٧، المحلىَّ ٩/ ٨٢، أحكام الشُّفعة ١٧٦].

(١) أي: الغراس والبناء، فلو باع المساقي نصيبه من الشَّجر لغير صاحب الأرض لم تثبت لصاحب الأرض شفعةٌ.

وعن الإمام أحمد: تجب الشُّفعة فيهما؛ لعموم حديث جابرٍ السَّابق.

(٢) وهذا هو المذهب؛ لما علَّل به المؤلِّف، وهو قول الشَّافعيَّة.

والوجه الثَّاني: تؤخذ تبعًا كالبناء والغراس؛ لأنَّه متَّصلٌ بما فيه من الشُّفعة فثبتت فيه الشُّفعة تبعًا كالبناء والغراس.

وعند الحنفيَّة: فيها الشُّفعة بشرط أن تباع مع الأرض، فإنْ بِيعَ الثَّمر لوحده، أو الثَّمر والشَّجر دون الأرض فلا شفعة فيها. [انظر: المغني ٧/ ٤٤٠، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/ ٣٨١].

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول الجمهور: عدم ثبوت الشُّفعة للجار؛ لحديث جابر ﷺ قال: «إنَّما جعل النَّبيُّ ﷺ الشُّفعة للشَّريك في كلِّ ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطُّرق فلا شفعة»، فالحديث دلَّ بمفهومه على نفي الشُّفعة فيما قسم.

ونوقش: بإخراج ما اشترك فيه الجاران بشيءٍ من حقوق الملك، فتثبت الشُّفعة؛ لدلالة السُّنَّة على ذلك.

واستدلُّوا أيضًا: بحديث جابر ﷺ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «الشُّفعة في كلِّ شركٍ في أرضٍ، أو ربعٍ، أو حائطٍ، لا يصحُّ أن يبيع حتَّى يعرض على شريكه فيأخذ

(وَهِيَ)،أي: الشفعةُ (عَلَى الفَوْرِ وَقْتَ عِلْمِهِ[١])، ....

أو يدع، فإن أبى فشريكه أحقُّ به حتَّى يُؤْذِنَه»، رواه مسلمٌ، فدلَّ الحديث على ثبوت الشُّفعة في الشَّيء المشترك من أرضٍ أو ربعٍ أو حائطٍ.

ونوقش: بما تقدَّم.

وعند الحنفيَّة: ثبوت الشُّفعة للجار؛ لحديث جابر ﷺ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «الجار أحقُّ بشفعة جاره، ينتظر بها وإن كان غائبًا، إذا كان طريقهما واحدٌ»، رواه أبو داود، والتِّرمذيُّ وحسَّنه، والطَّحاويُّ.

واستدلُّوا أيضًا: بحديث سمرة مرفوعًا: «جار الدَّار أحقُّ بالدَّار» رواه أحمد، وأبو داود، والتِّرمذيُّ وصحَّحه؛ ولحديث الشَّريد بن سُويدٍ مرفوعًا: «الجار أحقُّ بسقبه» رواه البخاريُّ، والسَّقب: ما قرب من الدَّار أو لاصقها. [كما في المصباح ١/ ٣٣١].

وفي روايةٍ عن الإمام أحمد، وبه قال شيخ الإسلام وابن القيِّم: أنَّ الجار له حقُّ الشُّفعة إذا كان الجاران يشتركان في حقٍّ من حقوق المبيع كالشِّرب، والطَّريق الخاصِّ بهما ونحو ذلك؛ لما تقدَّم من مجموع الأدلَّة، وهذا أقرب الأقوال. [انظر: اللُّباب ١/ ١٠٦، مواهب الجليل ٥/ ٣١٢، المهذَّب ٢/ ٣٧٧، المبدع ٥/ ٢٠٦، مجموع الفتاوى ٣٠/ ٣٨٣، إعلام الموقِّعين ٢/ ١٢٤، عمدة القارئ ١٢/ ٧٢، فتح الباري ٤/ ٤٣٧، نيل الأوطار ٥/ ٣٠٨، أحكام الشُّفعة ٢٣٤].

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفيَّة والشَّافعيَّة: اشتراط الفوريَّة في طلب الشُّفعة؛ لما استدلَّ به المؤلِّف.

ولأنَّ حقَّ الشُّفعة ثبت لدفع الضَّرر، فكان على الفور كالرَّدِّ بالعيب.

ونوقش: بعدم التَّسليم بأنَّ خيار الرَّدِّ بالعيب على الفور.

وعند المالكيَّة والظَّاهريَّة: أنَّ طلب الشُّفعة على التَّراخي، فعند المالكيَّة له التَّراخي إلى سنةٍ، وعند الظَّاهريَّة لا حد له؛ لأنَّ الأصل ثبوت حقِّ الشُّفعة، فلا

فَإِنْ لَمْ يَطْلُبْهَا[(١)] إِذًا) أي: وقت علم الشفيع بالمبيع (بِلَا عُذْرٍ؛ بَطَلَتْ)؛ لقولِهِ ﷺ: «**الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَهَا**»[(٢)]، وفي روايةٍ: «**الشُّفْعَةُ كَحَلِّ العِقَالِ**» رواه ابنُ ماجه[(٣)].

فإن لم يَعلَمْ بالبيعِ؛ فهو على شُفعتِهِ ولو مَضى سِنُونَ[(٤)]، وكذا لو أخَّرَ

يسقط بالتَّأخير، كحقِّ القصاص لا يسقط بالتَّأخير. [انظر: المصادر السَّابقة، المحلَّى ٩/ ٩٠].

والأقرب: عدم اشتراط الفوريَّة؛ لضعف الأدلَّة الدَّالَّة على اشتراطها، لكن ليس للشَّفيع أن يؤخِّر بحيث يضرُّ المشتري.

(١) فعلى المذهب يشهد بالطَّلب بها حين يعلم إن لم يكن عذرٌ.

(٢) قال ابن حجر: (لم أجده، وإنما ذكره عبد الرزاق من قول شريح)، وجزم ابن حزم بأنه مكذوب، وقال الزيلعي: (غريب).

وأثر شريح: رواه عبد الرزاق (١٤٤٠٦) من طريق الحسن بن عمارة، عن رجل، عن شريح قال: «إنما الشفعة لمن واثبها». [انظر: المحلى ٨/ ١٦، الدراية ٢/ ٢٠٣، نصب الراية ٤/ ١٧٦].

(٣) رواه ابن ماجه (٢٥٠٠)، والبزار (٥٤٠٥) من طريق محمد بن عبد الرحمن بن البيلماني، عن أبيه، عن ابن عمر ﭭ مرفوعًا. قال البزار: (وأحاديث محمد بن عبد الرحمن، عن أبيه، عن ابن عمر كثيرة، وهي كثيرة المناكير)، وجزم ابن حزم بأنه مكذوب، وقال ابن حبان: (لا أصل له)، وقال أبو زرعة: (حديث منكر)، وقال ابن حجر: (إسناده ضعيف جدًّا)، وضعفه البيهقي، وابن الملقن، والألباني. [انظر: علل الحديث ٤/ ٢٩٧، المجروحين لابن حبان ٢/ ٢٦٦، المحلى ٨/ ١٦، السنن الكبرى ٦/ ١٧٨، البدر المنير ٧/ ١٢، التلخيص الحبير ٣/ ١٣٧، الإرواء ٥/ ٣٧٩].

(٤) يأتي قول أهل العلم في شفعة الغائب.

لعذرٍ[(١)]؛ بأن عَلِم ليلًا فأخَّرَهُ إلى الصباحِ، أو لحاجةِ أكلٍ أو شربٍ أو طهارةٍ، أو إغلاقِ بابٍ، أو خروجٍ مِن حمَّامٍ، أو ليأتيَ بالصلاةِ وسُنَنِها[(٢)].

وإن عَلِم وهو غائِبٌ[(٣)]؛ أشْهَدَ على الطَّلبِ بها إنْ قَدرَ[(٤)].

---

(١) فهو على شفعته، إذ هو مبادرٌ لها حكمًا.

(٢) وهذا مع غيبة مشترٍ في جميع هذه الصُّور؛ لأنَّ العادة تقديم هذه الحوائج ونحوها على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضًى بترك الشُّفعة، وهذا على اشتراط الفوريَّة.

(٣) فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: إثبات الشُّفعة للغائب؛ للعمومات ولقوله ﷺ: «يُنْتَظَرُ بها وإن كان غائبًا»؛ ولأنَّها حقٌّ ماليٌّ متى وجد سببه وجب استيفاؤه.

وذهب إبراهيم النَّخعيُّ وعثمان البَتِّيُّ وغيرهم: إلى عدم إثبات الشُّفعة للغائب؛ لكونه لا يطمئن إلى استمرار تملُّكه للشِّقص، فهو لا يتصرَّف فيه تصرُّف الملَّاك في أملاكهم تحسُّبًا لانتزاعه بالشُّفعة ففيه ضررٌ عليه.

وأجيب: بأنَّ ضرر المشتري يندفع بإيجاب قيمة ما يصلحه على الشَّفيع.

مسألةٌ: تثبت الشُّفعة عند جمهور أهل العلم للصَّغير، والمجنون، والحمل، ويتولَّى أولياؤهم الأخذ بها؛ للعمومات. [انظر: المبسوط ١٤/ ٩١، مواهب الجليل ٥/ ٣٢٢، المهذَّب ٣/ ٤٨٠، المغني ٧/ ٤٦١].

(٤) الشَّريك الغائب لكيفيَّة مطالبته بالشُّفعة حالاتٌ:

الأولى: أن يعلم بالبيع، فيُشهد على شفعته، ويَقْدَمَ للمطالبة، فتثبت شفعته اتِّفاقًا.

الثَّانية: أن يَقْدَمَ للمطالبة دون إشهادٍ، فالمذهب سقوط شفعته؛ لأنَّ ترك الإشهاد بمنزلة ترك الطَّلب مع حضوره.

وعند الحنفيَّة، والشَّافعيَّة: عدم سقوط الشُّفعة؛ لأنَّ ظاهر الحال أنَّ قدومه

....

لأجل الشُّفعة، وهذا أقرب، إذ الأصل بقاؤها.

الثَّالثة: أن يعلم بالبيع، ولم يتمكَّن من القدوم أو التَّوكيل، وترك الإشهاد بلا عذرٍ، فالمذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: سقوط الشُّفعة، إذ الإشهاد يقوم مقام المطالبة، وقد تركه بلا عذرٍ.

وعند الحنفيَّة: عدم سقوط الشُّفعة؛ إذ الأصل بقاؤها.

الرَّابعة: أن يشهد على شفعته ولم يَقْدَمْ مع تمكنه من القدوم؛ فالمذهب، ومذهب الحنفيَّة: عدم سقوط الشُّفعة إذ قد يلحقه كلفةٌ بسبب السَّفر، ولوجود الإشهاد.

وعند الشَّافعيَّة: تسقط الشُّفعة لأنَّ ترك القدوم بمنزلة ترك الطَّلب. [انظر: المصدر السَّابق].

أمَّا إذا كان الشَّريك غائبًا ثمَّ علم ببيع شريكه نصيبه فله أربع حالاتٍ:

الأولى: أن يعلم بالبيع، فيُشهد على شفعته، ويَقْدَمَ لمطالبة المشتري، فهو على شفعته.

الثَّانية: أن يعلم بالبيع ويَقْدَمَ للمطالبة دون إشهاد، فالمذهب: سقوط الشُّفعة؛ لتركه الإشهاد، فهو كتارك الطَّلب مع حضوره.

وعند الحنفيَّة والشَّافعيَّة: عدم سقوط الشُّفعة؛ لأنَّ ظاهر الحال أنَّ سيره إنَّما كان لأجل الشُّفعة.

الثَّالثة: أن يعلم بالبيع، ولم يتمكَّن من القدوم أو التَّوكيل، وترك الإشهاد بغير عذرٍ.

فالمذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: سقوط الشُّفعة، إذ الإشهاد قائمٌ مقام الطَّلب، فيعتبر له ما يعتبر للطَّلب من المبادرة.

وعند الحنفيَّة: عدم سقوط الشُّفعة؛ إذ الأصل بقاؤها.

(وَإِنْ قَالَ) الشفيعُ (لِلمُشْتَرِي: بِعْنِي) ما اشتَرَيْتَ[١]، (أَوْ صَالِحْنِي)[٢]؛ سَقَطَت؛ لفواتِ الفورِ.

الرَّابعة: أن يعلم الشفيع، ويُشهد على شفعته، ولم يَقْدَمْ مع تمكُّنه من القدوم.

فمذهب الشَّافعيَّة: سقوط الشُّفعة؛ إذ تركه القدوم بمنزلة ترك الطَّلب.

وعند الحنفيَّة والحنابلة: عدم سقوط الشُّفعة؛ لأنَّه ربَّما يلحق الشَّفيع ضررٌ بسبب كلفة السَّفر، وانقطاعه عن حوائجه.

إلَّا أنَّ الحنفيَّة جعلوا له من الأجل مقدار مسافة الطَّريق يتمكَّن فيها من الحضور. [انظر: بدائع الصَّنائع ٥/ ٢٤، الفتاوى الهنديَّة ٥/ ٦٧٤، روضة الطَّالبين ٥/ ١٠٨، المغني ٧/ ٤٦٤، الإنصاف ٦/ ٢٦٤، أحكام الشُّفعة ٢٣٤].

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفيَّة، ومذهب المالكيَّة، وقولٌ عند الشَّافعيَّة؛ لأنَّ هذا يدلُّ على الرِّضا بالشِّراء، والرِّضا بالشِّراء يدلُّ على تركه الأخذ بالشُّفعة.

وقولٌ للشَّافعيَّة: إنَّ الشُّفعة لا تسقط بذلك؛ لأنَّه من باب التَّعريض، لا التَّصريح. [انظر: بدائع الصَّنائع ٥/ ١٩، المعيار المعرب ٨/ ٨٩، حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٤٨٤، روضة الطَّالبين ٥/ ١٠٧، المغني ٧/ ٤٦٤، أحكام الشُّفعة ٢٥٤].

(٢) إذا تصالح الشَّفيع والمشتري على أن يترك الشَّفيع شفعته مقابل عوضٍ يدفعه له، فالمذهب، ومذهب الحنفيَّة، وأحد الوجهين عند الشَّافعيَّة: عدم صحة أخذ العوض، وسقوط الشُّفعة؛ لأنَّ حقَّ الشُّفعة معنًى قائمٌ لا يجوز أخذ العوض عليه، ولأنَّ طلب العوض دلالةٌ على الرِّضا بالملك الحادث، وهو دليل التَّرك فتسقط الشُّفعة.

وعند المالكيَّة، وهو قولٌ عند الشَّافعيَّة: يجوز أخذ العوض مقابل إسقاط

(أَوْ كَذَّبَ العَدْلَ) المخبِرَ له بالبيعِ؛ سَقَطَت؛ لتَراخِيهِ عن الأخذِ بلا عذرٍ[١]، فإن كذَّب فاسِقًا لم تسقُطْ؛ لأنَّه لم يَعلَمِ الحالَ على وَجهِهِ[٢].

(أَوْ طَلَبَ) الشفيعُ (أَخْذَ البَعْضِ)، أي: بعضِ الحصَّةِ المبيعةِ؛ (سَقَطَتْ) شُفعتُهُ[٣]؛ لأنَّ فيه إضرارًا بالمشتري بتبعيضِ الصَّفقةِ عليه، والضَّررُ لا يُزالُ بمثلِهِ[٤].

ولا تَسقُطُ الشُّفعةُ إن عَمِلَ الشفيعُ دلَّالًا بينهما[٥]، ....

الشُّفعة؛ لأنَّ الشُّفعة حقٌّ من الحقوق، فجاز له بيع ذلك الحقِّ بعد ثبوته. [انظر: الهداية مع فتح القدير ٧/ ٤٤٣، المدوَّنة ٤/ ٢١٦، التَّاج والإكليل مع مواهب الجليل ٥/ ٣١٨، روضة الطَّالبين ٥/ ١١١، الإنصاف ٦/ ٢٧٠].

(١) وهذا بناءً على اشتراط الفوريَّة، وتقدَّم.

(٢) ولأنَّه خبرٌ لا يقبل في الشَّرع أشبه قول الطِّفل والمجنون.

(٣) وهذا هو المذهب؛ وبه قال محمَّد بن الحسن، وبعض الشَّافعيَّة، لأنَّه تارك لطلب بعضها فتسقط، ويسقط باقيها؛ لأنَّها لا تتبعض.

وقال أبو يوسف: لا تسقط؛ لأنَّ طلبه لبعضها طلبٌ لجميعها لكونها لا تتبعَّض.

قال الحارثيُّ: هذا ليس شرطًا لأصل استحقاق الشُّفعة، فإنَّ أخذ الجميع أمرٌ يتعلَّق بكيفيَّة الأخذ، والنَّظر في كيفيَّة الأخذ فرع استقراره. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/ ٤١٨].

(٤) أي: بالضَّرر، إذ الشُّفعة شرعت لدفع ضرر الشَّركة.

(٥) أي: بين البائع والمشتري وهو السَّفير، فإذا بيع الشِّقص وتمَّ العقد شفع؛ لأنَّه يصدق أنَّه واثبها.

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٥/ ٤٠٦: «وإن دلَّ في البيع، أي: صار دلَّالًا فهو على شفعته قولًا واحدًا».

أو تَوكَّل لأحدِهِما[١]، أو أسقَطَها قبلَ البيعِ[٢].

(١) أي: إذا توكَّل الشَّفيع للبائع أو للمشتري لم تسقط شفعته، فيشفعه إذا تمَّ العقد، وكذا لو ضمن للبائع الثَّمن؛ لأنَّ ذلك سبب ثبوت الشُّفعة؛ فلا تسقط به إذا شفع بعد تمام العقد.

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لأنَّه إسقاط حقٍّ قبل وجوبه فلم يصحَّ.

وعن الإمام أحمد ما يدلُّ على سقوطها؛ لقوله ﷺ: «فإن باع ولم يُؤْذِنْه فهو أحقُّ به» فمفهومه أنَّه إذا باع بإذنه فلا حقَّ له، ولقوله ﷺ: «وإن شاء ترك» فلا بدَّ أن يكون لتركه معنًى.

ورجَّحه شيخ الإسلام وابن القيِّم. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/ ٤٠٨].

مسألةٌ: إذا انتقل المبيع من يد المشتري بالإقالة:

إذا باع الشَّريك شقصه على رجلٍ، ثمَّ تقايلا البيع، فإن كان ذلك بعد أن تنازل الشَّفيع عن شفعته فلا شفعة بالإقالة؛ لأنَّه لـمَّا تنازل عن حقِّه سقط، والإقالة وحدها لا توجب الشُّفعة؛ لأنَّها فسخٌ للعقد، وليست بيعًا.

وعند أبي حنيفة: يتجدَّد للشَّفيع الشُّفعة وإن كان قد عفا عنها؛ لأنَّ الإقالة عنده فسخٌ في حقِّ العاقدين، بيعٌ جديدٌ في حقِّ شخصٍ ثالثٍ، والشَّفيع شخصٌ ثالثٌ.

وإن كان الشَّفيع لم يتنازل عن الشُّفعة، فهل يسقط حقُّ الشُّفيع بالإقالة، أو له أن يشفع باعتبار أنَّ حقَّه ثبت بعقد البيع قبل الإقالة، فلا تسقطه الإقالة سواءٌ فسَّرنا الإقالة بأنَّها فسخٌ، أو على أنَّها بيعٌ مستأنَفٌ؟ اختلف العلماء في ذلك على أقوالٍ:

القول الأوَّل: الإقالة لا تبطل حقَّ الشُّفعة، وهذا مذهب الجمهور من الحنفيَّة، والمالكيَّة، والشَّافعيَّة، والصَّحيح من مذهب الحنابلة؛ لأنَّ حقَّ الشَّفيع سابقٌ للإقالة، فليس للعاقدين التَّصرُّف في إبطال حقِّ الشَّفيع، وقد يتَّهم العاقدان

(وَالشُّفْعَةُ لـ) شَريكينِ (اثْنَيْنِ بِقَدْرِ حَقَّيْهِمَا)(١)؛ ....

بمحاولة إبطال حقِّ الشَّفيع بالإقالة.

وفي روايةٍ عن أحمد، وقول زفر من الحنفيَّة: الإقالة تبطل الشُّفعة؛ لأنَّ حقيقة الإقالة تردُّ العاقدين إلى الحال الَّتي كانا عليها قبل العقد، فلا يقوم حقٌّ للشَّفيع. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف؛ ولأنَّ الشُّفعة شرعت لدفع الضَّرر، ويتقدَّر الضَّرر على كلِّ شريكٍ بقدر نصيبه.

وعند الحنفيَّة والظَّاهريَّة: أنَّ الشُّفعة توزَّع على مقدار الرُّؤوس، وليس على قدر الأنصباء؛ لأنَّ علَّة الاستحقاق هي الملك وليس مقدار الملك، بدليل أنَّ صاحب القليل إذا انفرد أخذ الكلَّ؛ ولأنَّ الشُّفعة تثبت بسبب المشاركة في العقار، وهم متساوون في ذلك السَّبب. [انظر: المبسوط ١٤/ ٩٨، المدوَّنة ٤/ ٢٠٧، مغني المحتاج ٢/ ٣٠٥، المغني ٧/ ٥٠١، المحلَّى ٨/ ٩٨، أحكام الشُّفعة ٢٨٧].

مسألةٌ: إذا تعدَّد الشُّفعاء سواءٌ كان سبب الشُّفعة واحدًا، أو كان سبب الشُّفعة مختلفًا عند من يثبت الشُّفعة لغير الشَّريك، فمن يجب تقديمه عند التَّزاحم؟

القول الأوَّل: ذهب الحنفيَّة، وهو روايةٌ عن أحمد: إلى القول بتعدُّد سبب الشُّفعة على اختلافٍ بينهم في عددها، فالحنفيَّة جعلوا الأسباب ثلاثةً: الشِّركة في عين العقار، والشَّركة في المرافق، والجوار الملاصق.

وجعل الإمام أحمد في روايةٍ عنه للشُّفعة سببين: الشَّركة في عين العقار، والشَّركة في حقٍّ من حقوق العقار.

فعند الحنفيَّة تثبت الشُّفعة فيهما على التَّرتيب؛ لقول النَّبيِّ ﷺ: «الشَّفيع أَولى من الجار، والجار أَولى من الجنب»، وهو مرسلٌ.

ولأنَّ المؤثِّر في ثبوت الشُّفعة هو دفع الضَّرر الدَّخيل وأذاه، وسبب وصول

لأنَّها حقٌّ يُستفادُ بسببِ المِلكِ، فكانت على قدرِ الأملاكِ، فدارٌ بين ثلاثةٍ: نصفٌ، وثُلُثٌ، وسُدُسٌ، فباع ربُّ الثُّلُثِ، فالمسألةُ مِن ستةٍ، والثُّلُثُ يُقسَمُ على أربعةٍ: لصاحبِ النِّصفِ ثلاثةٌ، ولصاحبِ السُّدُسِ واحِدٌ[(١)].

(فَإِنْ عَفَا أَحَدُهُمَا) أي: أحدُ الشَّفيعين؛ **(أَخَذَ الآخَرُ الكُلَّ أَوْ تَرَكَ)** الكلَّ[(٢)]؛ لأنَّ في أخذِ البعضِ إضرارًا بالمشتري[(٣)]، ولو وَهَبها لشريكِهِ أو غيرِهِ؛ لم يصحَّ.

الضَّرر والأذى هو الاتِّصال، والاتِّصال بالشَّركة في عين المبيع أقوى من الاتِّصال بالخلط، والاتِّصال بالخلط أقوى من الاتصال بالجوار، والتَّرجيح بقوَّة التَّأثير ترجيحٌ صحيحٌ.

القول الثَّاني: ذهب الشَّافعيَّة في أصحِّ القولين، والحنابلة في المشهور: إلى القول بعدم التَّزاحم في الشُّفعة؛ لأنَّهم يرون أنَّ سبب الشُّفعة سببٌ واحدٌ، وهو الشَّركة في ملك العقار، فلا يحتمل عندهما التَّعدُّد في سبب الشُّفعة، فإذا تعدَّد الشُّفعاء اشتركوا في الأخذ بالشُّفعة.

القول الثَّالث: ذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة في قولٍ: بأنَّ التَّزاحم قد يقع وإن كان سبب الشُّفعة واحدًا، فقالوا: يقدَّم الشَّريك الأخصُّ، وهو المشارك في السَّهم على الشَّريك الأعمِّ. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) وإن باع ربُّ النِّصف فالمسألة من ثلاثةٍ لصاحب الثُّلث سهمان، ولصاحب السُّدس سهمٌ، وإن باع ربُّ السُّدس، فالمسألة من خمسةٍ لصاحب النِّصف ثلاثةٌ، ولصاحب الثُّلث سهمان. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/ ٤٢١].

(٢) باتِّفاق الأئمَّة، حكاه ابن المنذر إجماع من يحفظ قوله من أهل العلم. [انظر: المصدر السَّابق ١٥/ ٤٢٢].

(٣) أي: بتبعيض الصَّفقة عليه، ولا يُزال الضَّرر بالضَّرر.

وإن كان أحدُهُما غائِبًا فليس للحاضِرِ أن يَأخُذَ إلا الكُلَّ أو يَترُكَ[١]، فإن أَخَذ الكلَّ ثم حَضَر الغائِبُ؛ قاسَمَهُ[٢].

(وَإِنِ اشْتَرَى اثْنَانِ حَقَّ وَاحِدٍ)؛ فللشفيعِ أخذُ حقِّ أحدِهِما؛ لأنَّ العقدَ مع اثنين بمنزِلَةِ عَقدين[٣][٤].

(أَوْ عَكْسُهُ)؛ بأن اشترى واحِدٌ حقَّ اثنين صَفقةً[٥]؛ ....

---

(١) الكلَّ دفعًا لتبعيض الصَّفقة على المشتري.

(٢) إن شاء، أو عفا فبقي الشِّقص للأوَّل.

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما علَّل به المؤلِّف.

ولأنَّ من المشترين من قد ينتفع الشَّفيع بمشاركته، فلا يأخذ بالشُّفعة عليه، ويأخذ بها على من تسوء مشاركته.

وعند المالكيَّة: أنَّ الشَّفيع ملزمٌ بأخذ الجميع أو التَّرك؛ لأنَّ في أخذ البعض وترك البعض ضررًا يلحق المشترين بتفريق الصَّفقة عليهم. [انظر: المبسوط ١٤/ ١٠٤، حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٤٩٠، نهاية المحتاج ٥/ ٢١٣، المبدع ٥/ ٢١٥، المحلَّى ٩/ ٩٨، أحكام الشُّفعة ٢٩٨].

(٤) وكذا العقد مع ثلاثةٍ فأكثر؛ لأنَّ كلَّ عقدٍ منها منفرد، وله أن يأخذ نصيبهم.

(٥) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة، والظَّاهريَّة، لما علَّل به المؤلِّف، ولأنَّ الضَّرر قد يلحق الشَّفيع في أرضٍ دون أخرى، فله أخذ الَّتي يلحقه ضرر الشَّركة فيها دون غيرها.

وعند الحنفيَّة والمالكيَّة: أنَّه يلزم الشَّفيع أخذ جميع ما اشتملت عليه الصَّفقة أو ترك الشُّفعة؛ لأنَّ في أخذ البعض وترك البعض ضررًا يلحق المشتري بتفريق الصَّفقة عليه. [انظر: المصادر السَّابقة].

فللشفيعِ أخذُ أحَدِهِما[١]؛ لأنَّ تعدُّدَ البائِعِ كتعدُّدِ المشتري[٢].

(أَوِ اشْتَرَى وَاحِدٌ شِقْصَيْنِ) - بكسرِ الشينِ، أي: حِصَّتين - **(مِنْ أَرْضَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً؛ فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ أَحَدِهِمَا)**؛ لأنَّ الضَّررَ قد يَلحَقُهُ بأرضٍ دونَ أرضٍ[٣].

---

(١) وله تركهما، وإن كان الشَّريك في أحدهما غير الشَّريك في الآخر، فلهما أن يأخذا ويقسما الثَّمن على قدر القيمتين، وإن أخذ أحدهما دون الآخر جاز، ويأخذ شقص الَّذي في شركته بحصَّته من الثَّمن. [انظر: كشاف القناع ٤/ ١٥٠].

(٢) أي: تعدُّد البائع في بيع سهمٍ كتعدُّد المشتري في شراء سهمٍ واحدٍ لا فرق؛ لأنَّ للشَّفيع أخذ نصيب أحدهما.

(٣) وهذا هو المذهب، وهو مذهب الشَّافعيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف؛ ولأنَّ كلًّا من السَّهمين أو السِّهام مستحقٌّ بسببٍ آخر فجرى مجرى الشَّريكين أو الشَّركاء.

وعند الحنفيَّة والمالكيَّة: أنَّه يلزم الشَّفيع أن يأخذ الجميع، أو أن يدع الشُّفعة؛ لأنَّ الإنسان قد يشتري دارين، ورغبته في إحداهما دون الأخرى، ففي أخذ الشَّفيع لإحداهما دون الأخرى ضرر يلحق المشتري. [انظر: المبسوط ١٤/ ١٥٩، المدوَّنة ٤/ ٢١٤، مواهب الجليل ٥/ ٣٢٨، روضة الطَّالبين ٥/ ١٠٧، المغني ٧/ ٥٠٤، الإنصاف ٦/ ٢٨١، أحكام الشُّفعة ٣١٢].

مسألةٌ: إذا اشترى أحد الشُّركاء حصَّةً من الشَّركة، فهل يسقط ذلك حقَّه وحقَّ شركائه من الشُّفعة؟

القول الأوَّل: لا شفعة للمشتري إذا كان شريكًا، بل للشَّريك أن يأخذ الجميع إذا أراد الشُّفعة دون المشتري، وهو قول منسوبٌ للحسن والشَّعبيِّ والبَتِّيِّ؛ لأنَّ الشُّفعة يستحقُّها الشَّريك على المشتري، فلا يستحقُّها المشتري على نفسه.

....

ونوقش: بأنَّ المشتري الشَّريك له صفتان: أحدهما: كونه مشتريًا، وهذا سبب قيام الشُّفعة للشُّركاء، والصِّفة الثَّانية: كونه شريكًا، فإذا انتزع منه المبيع بسبب الشِّراء فقد استردَّ المشتري جزءًا منه بقدر شقصه لكونه شريكًا وليس لكونه مشتريًا، فسبب استحقاق الشُّفعة مختلفٌ.

القول الثَّاني: لا شفعة للشُّركاء على الشَّريك، وقد نسب هذا القول للحسن والشَّعبيِّ وعثمان البَتِّيِّ؛ لحديث ابن عمر ﵄ قال: قال رسول الله ﷺ: «لا شفعة لشريكٍ على شريكٍ إذا سبقه بالشِّراء، ولا لصغيرٍ، ولا لغائبٍ»، رواه ابن ماجه (٢٥٠١)، وإسناده ضعيف جدًّا.

ولأنَّ الشُّفعة إنَّما ثبتت لدفع ضرر الشَّريك الدَّاخل، وهذا المشتري شركته متقدِّمةٌ، فلا ضرر في شرائه.

ونوقش: بأنَّ الضَّرر يحصل بشراء هذا السَّهم المشفوع من غير نظرٍ إلى المشتري، هل هو شريكٌ أو أجنبيٌّ، وقد حصل شراؤه.

القول الثَّالث: شراء الشَّريك لا يسقط حقَّه، ولا حقَّ شركائه من الشُّفعة، بل يترك للشَّريك المشتري حصَّته من الشُّفعة، فلا يؤخذ منه الجميع، بل يتقاسم مع الشُّركاء حصصهم منها، وهذا مذهب الأئمَّة الأربعة؛ لثبوت الأدلَّة على استحقاق الشَّريك للشُّفعة، وعمومها.

ولأنَّ الشَّريك المشتري قد تساوى مع شريكه في الشَّركة، فيجب أن يتساويا في الشُّفعة، كما لو كان المشتري أجنبيًّا، بل المشتري أولى؛ لأنَّه قد ملك الشِّقص المشفوع.

وإن أسقط المشتري حقَّه من الشُّفعة: فقيل: يلزم الشَّريك أخذ الكلِّ أو يسلمه إلى المشتري، وهذا مذهب المالكيَّة.

وذهب الشَّافعيَّة، والحنابلة: إلى أنَّ المشتري ليس له أن يلزم الشَّفيع

(وَإِنْ بَاعَ شِقْصًا وَسَيْفًا) في عقدٍ واحدٍ؛ فللشفيعِ أخذُ الشِّقصِ بحِصَّتِهِ مِن الثمنِ؛ لأنَّه تجبُ فيه الشفعةُ إذا بِيع مُنفردًا، فكذا إذا بِيع مع غيرِهِ[1].

(أَوْ تَلِفَ بَعْضُ المَبيعِ؛ فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ الشِّقْصِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ)[2]؛ لأنَّه تعذَّر أخذُ الكلِّ، فجاز له أخذُ الباقي، كما لو أتلَفَهُ آدميٌّ[3]، فلو اشترى دارًا

بذلك. [انظر: المبسوط ١٤/ ١٢٢، حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٤٨٧، المهذَّب ١/ ٣٨١، الإنصاف ٦/ ٢٧٧، المحلَّى مسألة ١٦٠٦، أحكام الشُّفعة ٣١٨].

(١) إذ لا شفعة في السَّيف ونحوه على المذهب، وتقدَّم خلاف أهل العلم في حكم الشُّفعة في المنقول.

فالأئمَّة الأربعة على عدم إجراء الشُّفعة في المنقول المستقلِّ إذا بِيع مع العقار، فيأخذ الشَّفيع العقار بحصَّته من الثَّمن، ويحطُّ منه ما يساوي قيمة المنقول.

(٢) ظاهره: سواءٌ تلف بعض المبيع بفعل الله تعالى أو بفعل آدميٍّ، وسواءٌ تلف باختيار المشتري لنقضه البناء، أو بغير اختياره، مثل أن انهدم، وإن نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع، فليس للشَّفيع إلَّا أن يأخذه بجميع الثَّمن أو يترك.

(٣) إذا تلف بعض الشِّقص في يد المشتري قبل الأخذ بالشُّفعة، فلا يخلو التَّلف من أمرين:

الأوَّل: أن يكون بغير فعل آدميٍّ كانهدامٍ بسبب سيلٍ، أو فوت الزَّرع والغراس بسبب الجفاف، أو الرِّيح، ونحو ذلك.

فالمذهب: أنَّ الشَّفيع يأخذ ما تبقى من العين بقسطه من الثَّمن، ويسقط ما يساوي التَّالف منها؛ لأنَّ في أخذه بكامل الثَّمن بذل جزءٍ منه دون أن يكون له مقابلٌ من العين.

وعند الحنفيَّة، والمالكيَّة، والشَّافعيَّة: أنَّ الشَّفيع يأخذ ما تبقَّى من العين بكل الثَّمن أو التَّرك في يد المشتري؛ لأنَّ إسقاط ما تلف من العين بآفةٍ سماويَّةٍ

بألفٍ تُساوي ألفين، فباع بابَها أو هدَمَها فبَقِيَت بألفٍ؛ أَخَذَها الشفيعُ بخمسمائةٍ(١).

(وَلَا شُفْعَةَ بِشَرِكَةِ وَقْفٍ)(٢)؛ ....

يلحق الضَّرر بالمشتري بما لا إرادة له في فعله.

الثَّاني: أن يكون التَّلف بفعل آدميٍّ، كأن يقوم المشتري بهدم العين، ونحو ذلك.

فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: أنَّ الشَّفيع يأخذ ما تبقَّى من العين بقسطه من الثَّمن، لما تقدَّم من التَّعليل في الأمر الأوَّل.

وعند المالكيَّة: يلزم الشَّفيع بأخذ ما تبقَّى من العين بثمن الكلِّ أو التَّرك. [انظر: المبسوط ١٤/ ١١٢، المدوَّنة ٤/ ٢١٣، مواهب الجليل ٥/ ٢٣١، المهذَّب ١٠/ ٣٧٨، المغني ٧/ ٤٧٨، أحكام الشُّفعة ٣٩٨].

(١) بالقيمة من الثَّمن، والمراد بقوله: اشترى دارًا، أي: شقصًا من دارٍ، من إطلاق الكلِّ على البعض.

(٢) صورة المسألة: أن يكون بعض العين وقفًا، والبعض الآخر ملكًا مطلقًا، فبِيعَ الملك الطِّلق، فهل تثبت الشُّفعة للوقف؟

فالمذهب، ومذهب الحنفيَّة، والشَّافعيَّة: أنَّه لا شفعة بشركة الوقف؛ لما علَّل به المؤلِّف، ولأنَّ مستحِقَّ الوقف غير مالكٍ له، والشُّفعة لا تثبت إلَّا بملكٍ، أو أنَّه مالكٌ له وملكه غير تامٍّ.

وعند المالكيَّة: ثبوت الأخذ بالشُّفعة في شركة الوقف؛ لأنَّ في ذلك إزالة الضَّرر عن الوقف النَّاتج بسبب سوء المشاركة أشبه مالك الطِّلق. [انظر: التَّاج والإكليل ٥/ ٣١١، روضة الطَّالبين ٥/ ٧٤، المغني ٧/ ٤٧٥، المبدع ٥/ ٢١٧].

مسألةٌ: أخذ الوقف بالشُّفعة إذا بِيع الوقف:

. . . .

وصورتها: أرضٌ نصفها موقوفٌ، ونصفها مملوكٌ لم تقسم، وبيعَ الوقف على القول بجواز بيعه إذا تعطَّلت منافعه، فهل لمالك الطِّلق أن يأخذ الوقف بالشُّفعة؟

فعند الحنفيَّة، والمالكيَّة، والشَّافعيَّة، ووجهٌ في مذهب الحنابلة: لا شفعة فيه؛ لأنَّ الشُّفعة بَيعٌ، والوقف ممَّا لا يجوز بيعه.

ونوقش: بأنَّنا لا نقول بالشُّفعة إلَّا في حال جاز بيع الوقف كما لو تعطَّلت منافعه.

وعند الحنابلة: يؤخذ بالشُّفعة؛ للعمومات، ولأنَّ الوقف قد انتقل بعوضٍ ماليٍّ، وهو مالٌ مشتركٌ، فكونه ينتقل إلى الشَّريك بالشُّفعة أَولى من انتقاله إلى أجنبيٍّ.

ولأنَّ الضَّرر الَّذي من أجله شرعت الشُّفعة موجودٌ في هذه الشَّركة الجديدة، فيشرع دفعه بالشُّفعة. [انظر: المصادر السَّابقة].

مسألةٌ: إذا كان ربُّ المال له عقارٌ بينه وبين رجلٍ أجنبيٍّ، فباع هذا الأجنبيُّ نصيبه على المضارب، وكان المضارب قد اشتراه للمضاربة لا لنفسه، فهل لربِّ المال أن يأخذ الشِّقص بالشُّفعة، ويخرج العقار من مال المضاربة؟ أو لا يستطيع أن يأخذ بالشُّفعة باعتبار أنَّ المضارب يتصرَّف لربِّ المال، وهو عاملٌ في ماله بموجب عقدٍ بينهما؟

فمذهب الحنفيَّة، والمالكيَّة، وأحد الوجهين في مذهب الحنابلة: لربِّ المال أن يأخذ العقار من المضارب بالشُّفعة.

وعند الحنابلة، والشَّافعيَّة: لا يستحقُّ ربُّ المال الأخذ بالشُّفعة؛ لأنَّ الملك لربِّ المال، فلا يستحقُّ الشُّفعة على نفسه. [انظر: المبسوط ١٤/١٤٦، الذَّخيرة ٧/٣١١، روضة الطَّالبين ٥/١١٢، كشَّاف القناع ٤/١٤٥، أحكام

لأنَّه لا يُؤخَذُ بالشفعةِ(١)، فلا تجبُ به، ولأنَّ مُستحِقَّهُ غيرُ تامِّ الملكِ.

(وَلَا) شُفعةَ أيضًا بـ (غَيْرِ مِلْكٍ) للرقبةِ (سَابِقٍ)(٢)؛ بأن كان شَريكًا في المنفعةِ؛ كالموصَى له بها(٣)، أو مَلَكَ الشَّريكان دارًا صَفقةً واحِدَةً؛ فلا شُفعةَ لأحدِهِما على الآخَرِ؛ لعدمِ الضَّررِ(٤)(٥).

(وَلَا) شُفعةَ (لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ)(٦)؛ لأنَّ الإسلامَ يَعلو ولا يُعلَى.

الشُّفعة ٤٢٣].

وإذا اشترى المضارب من مال المضاربة شقصًا في شركة عقارٍ وكان المضارب أحد الشُّركاء، فهل يملك أن يأخذ لنفسه ما اشتراه للمضاربة بالشُّفعة باعتباره يملك شقصًا في هذا العقار؟

مذهب الحنفيَّة، والمالكيَّة، وأحد الوجهين في مذهب الشَّافعيَّة: له الأخذ بالشُّفعة.

وعند الحنابلة، وأحد الوجهين في مذهب الشَّافعيَّة: إن كان في المال ربحٌ لم يكن للعامل أن يأخذ بالشُّفعة، وإن لم يكن فيه ربحٌ فله الأخذ بالشُّفعة. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) أي: لو بِيع الوقف لأمرٍ يقتضي ذلك فليس للشَّريك أن يشفع.

(٢) للبيع؛ لأنَّ الشُّفعة إنما تثبت للشَّريك؛ لدفع الضَّرر عنه، وإذا لم يكن له ملكٌ مشتركٌ فلا ضرر عليه، فلا تثبت له الشُّفعة.

(٣) أي: بالمنفعة في نحو دارٍ فباع الورثة، فلا شفعة للموصى له بالمنفعة؛ لأنَّها لا تؤخذ بالشُّفعة، فلا تجب بها كالوقف.

(٤) في الإنصاف مع الشرح الكبير ١٥/ ٤٤٣: (بلا نزاعٍ).

(٥) لاستوائهما في المبيع في زمنٍ واحدٍ، فلا مزيَّة لأحدهما على الآخر.

(٦) إجماع العلماء على ثبوت الشُّفعة للمسلم على الذِّمِّيِّ، وللذِّمِّيِّ على الذِّمِّيِّ متى تحقَّقت أسباب الشُّفعة، وقد اختلف العلماء في ثبوت الشُّفعة للكافر على

  

المسلم: فالمذهب عدم ثبوت الشُّفعة للكافر على المسلم؛ لما استدلَّ به المؤلِّف؛ ولما يروى عن أنسٍ مرفوعًا: «لا شفعة لنصرانيٍّ» أخرجه ابن الجوزيِّ في العلل المتناهية ٢/ ١١٠، والبيهقيُّ ٦/ ١٠٩، من طريق نائل بن نجيحٍ، قال أبو حاتم: (هو مجهولٌ)، وقال أيضًا: (هو باطلٌ بهذا الإسناد)، وقال ابن عديٍّ: (أحاديثه مظلمةٌ). [انظر: الجرح والتَّعديل ٨/ ٥١٢، ميزان الاعتدال ٤/ ٢٥٤].

واستدلُّوا أيضًا بحديث أبي هريرة ﷺ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «لا تبدؤوا اليهود والنَّصارى بالسَّلام، وإذا لقيتموهم في طريقٍ فاضْطَرُّوهم إلى أضيقها»، رواه مسلمٌ، فدلَّ الحديث على أنَّ الذِّمِّيَّ لا يُترك له صدر الطَّريق، فلم يجعل له حقٌّ مماثلٌ لحقِّ المسلمين. [انظر: أحكام أهل الذِّمَّة لابن القيِّم ١/ ٢٦٧].

ونوقش هذا الاستدلال: بأنَّ الشُّفعة من حقوق الملك؛ لا من حقوق المُلَّاك، وقد ثبت له الملك، فثبتت له الشُّفعة.

وعند جمهور أهل العلم: ثبوت الشُّفعة للكافر على المسلم؛ لعموم أدلَّة الشُّفعة السَّابقة، ولم تفرِّق بين المسلم وغيره من الشُّركاء.

وعلَّلوا أيضًا: أنَّ لأهل الذِّمَّة حقًّا في التَّملُّك، والشُّفعة بمنزلة الشِّراء، ولأنَّه خيارٌ جعل لدفع الضَّرر عن المال، فاستوى فيه الكافر والمسلم كالرَّدِّ بالعيب، وهذا القول أقرب. [انظر: المبسوط ١٣/ ٩٩، مواهب الجليل ٥/ ٣١١، روضة الطَّالبين ٥/ ٧٢، الإنصاف ٦/ ٣١٢، المحلَّى ٩/ ٩٤، أحكام أهل الذِّمَّة لابن القيِّم ١/ ٢٦٧، نيل الأوطار ٨/ ٧٦، أحكام الشُّفعة ٤٢٢].

(فَصْلٌ)(١)

(وَإِنْ تَصَرَّفَ مُشْتَرِيهِ)، أي: مُشتري شِقصٍ تثبُت فيه الشُّفعةُ (بِوَقْفِهِ، أَوْ هِبَتِهِ أَوْ رَهْنِهِ)، أو صَدَقةٍ به(٢)، (لَا بِوَصِيَّةٍ؛ سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ)؛ لما فيه مِن الإضرارِ بالموقوفِ عليه والموهوبِ له ونحوِهِ؛ لأنَّه مَلَكَه بغيرِ عِوضٍ.

ولا تَسقُطُ الشفعةُ بمجرَّدِ الوصيَّةِ(٣) به قبلَ قبولِ الموصَى له بعدَ موتِ الموصِي؛ لعدمِ لزومِ الوصيةِ.

---

(١) أي: في حكم تصرُّف المشتري في المبيع، ونمائه، وثمنه، وعهدته، وغير ذلك.

(٢) تصرُّفات المشتري بالعين لا تخلو من أمرين:

الأوَّل: أن يكون التَّصرُّف تصرُّفًا لا يجوز فيه الأخذ بالشُّفعة كوقف العين، أو هبتها، أو الصَّدقة بها ونحو ذلك، فالمذهب: أنَّ ذلك يسقط الشُّفعة؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند جمهور العلماء: أنَّ هذه التَّصرُّفات لا تسقط حقَّ الشُّفعة، وللشَّفيع إبطال ما لا يستحقُّ بالشُّفعة كالوقف، والهبة بلا عوضٍ، والوصيَّة والصَّدقة. . . ؛ لأنَّ حقَّ الشَّفيع ثبت ببيع الشَّريك، فهو أسبق من تصرُّف المشتري بالعين، فإنَّ تصرُّفه يقع على شيءٍ قد تعلَّق به حقٌّ للغير، وهذا القول أقرب. [انظر: المبسوط ١٤/ ١١٣، المدوَّنة ٤/ ٢١٢، مغني المحتاج ٥/ ٢٠٨، الإنصاف ٦/ ٢٨٥، أحكام الشُّفعة ٤١٢].

(٣) وتبطل بأخذ الشَّفيع، ويستقرُّ الأخذ له؛ لسبق حقِّه على حقِّ الموصى له، ويدفع الثَّمن إلى الورثة، وإن كان الموصى له قَبِل قبل أخذ الشَّفيع أو طلبه سقطت؛ لأنَّ في الشُّفعة إضرارًا بالموصى له؛ لزوال ملكه عنه بغير عوضٍ.

(وَ) إن تَصرَّف المشتري فيه (بِبَيْعٍ؛ فَلَهُ)[١]، أي: الشفيعِ (أَخْذُهُ بِأَحَدِ البَيْعَيْنِ)؛ لأنَّ سببَ الشفعةِ الشراءُ، وقد وُجِد في كلٍّ منهما[٢]، ولأنَّه شَفيعٌ في العَقدين[٣]، فإن أَخَذ بالأَوَّلِ رَجَع الثاني على بائِعِهِ بما دَفَع له؛ لأنَّ العِوضَ لم يُسلَّمْ له[٤]، وإنْ أَجَرَه فللشفيعِ أخذُهُ، وتَنفسِخُ به الإجارةُ[٥].

---

(١) الحال الثَّانية: أن يكون تصرُّف المشتري بالعين ممَّا يؤخذ فيه بالشُّفعة كالبيع، وما في معناه، فلا يخلو من أمرين:

الأوَّل: أن يكون قبل المطالبة بالشُّفعة، فتصرُّفه صحيحٌ؛ لأنَّه حصل في ملكه، فإذا طالب الشَّفيع بالشُّفعة فإن شاء أخذ بالبيع الأوَّل الَّذي استحقَّ بموجبه الشُّفعة، وإن شاء أخذ بالبيع المتأخِّر، قال ابن قدامة في المغني ٨/ ٤٦٥: (ولا نعلم في هذا خلافًا، وبه يقول مالكٌ، والشَّافعيُّ، والعنبريُّ، وأصحاب الرَّأي، وما كان في معنى البيع ممَّا تجب به الشُّفعة، فهو كالبيع فيما ذكرنا).

الثَّاني: أن يكون التَّصرُّف بعد المطالبة بالشُّفعة، فإنَّه يكون متعدِّيًا في حقِّ الغير؛ لأنَّه تصرَّف فيما هو مستحَقٌّ لغيره، وللشَّفيع نقض هذا التَّصرُّف وإبطاله. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٢) أي: وجد السَّبب في الشِّراء الأوَّل، وفي الشِّراء الثَّاني، فله الأخذ بأحدهما.

(٣) أي: فاستويا في جواز أخذه بأيِّهما شاء.

(٤) أي: لم يسلَّم الشِّقص للمشتري الثَّاني.

(٥) وهذا هو المذهب.

والوجه الثَّاني: أنَّ الإجارة لا تنفسخ، ويستحقُّ الشَّفيع الأجرة من يوم أخذه؛ لأنَّه صار ملكه بأخذه.

والوجه الثَّالث: للشَّفيع الخيار بين فسخ الإجارة وتركها، قال ابن رجبٍ في

هذا كلُّه إنْ كان التصرُّفُ قبلَ الطلبِ؛ لأنه مِلكُ المشتري(١)، وثُبوتُ حقِّ التملُّكِ للشفيعِ لا يَمنَعُ مِن تَصرُّفِهِ(٢). وأما تَصرُّفُهُ بعدَ الطلبِ فباطِلٌ؛ لأنَّه مِلكُ الشَّفيعِ إذًا(٣).

(وَلِلْمُشْتَرِي الغَلَّةُ) الحاصِلةُ قبلَ الأخذِ(٤)، (وَ) له أيضًا (النَّمَاءُ المُنْفَصِلُ)(٥)؛ لأنَّه مِن مِلكِهِ، والخراجُ بالضمانِ(٦).

(وَ) له أيضًا (الزَّرْعُ، وَالثَّمَرَةُ الظَّاهِرَةُ)، أي: المُؤَبَّرةُ(٧)؛ لأنَّه مِلكُهُ،

القاعدة ٣٦: (وهو ظاهر كلام القاضي في خلافه في مسألة إعارة العاريّة، قال: وهو أظهر).

قال الحارثيُّ: ويتخرَّج من الوجه الَّذي نقول: تتوقَّف صحَّة الإجارة على إجازة البطن الثَّاني في الوقف إجازة الشَّفيع هنا، إن أجاز صحَّ وإلَّا بطل حقَّه بالأولى، قال: وهذا أقوى. [انظر: الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٥/ ٤٦٠].

(١) فصحَّ تصرُّفه، وقبضه له، ولم يبق إلَّا أنَّ الشَّفيع ملك أن يتملَّكه عليه.

(٢) كما لو كان أحد العوضين في المبيع معينًا لم يمنع التَّصرُّف في الآخر، والموهوب له يجوز له التَّصرُّف في الهبة وإن كان الواهب ممَّن له الرُّجوع فيه.

(٣) لانتقاله إليه بالطَّلب.

(٤) أي: قبل الأخذ بالشُّفعة كأجرةٍ وثمرةٍ.

(٥) كولد الدَّابَّة الحاصل قبل الأخذ بالشُّفعة.

(٦) أي: لأنَّ الغلَّة الحاصلة قبل الأخذ، والنَّماء المنفصل قبله ملكٌ للمشتري، وفي حديث عائشة رضي الله عنها: «الخراج بالضَّمان»، أي: مستحقٌّ به.

(٧) وفي الإنصاف مع الشَّرح ١٥/ ٤٦٠: (مفهوم قوله: أو ثمرةٌ ظاهرةٌ: أنَّ ما لم يظهر يكون ملكًا للشَّفيع، وهو كذلك، قاله الأصحاب.

فائدةٌ: لو تأبَّر الطَّلع المشمول بالبيع في يد المشتري كانت الثَّمرة له على الصَّحيح من المذهب... وفي وجهٍ آخر: هي للشَّفيع) اهـ.

ويَبقى إلى الحصادِ والجذاذِ؛ لأنَّ ضررَهُ لا يَبقى، ولا أُجرةَ عليه(١).

وعُلِمَ منه: أنَّ النماءَ المتَّصِلَ؛ كالشجرِ إذا كَبِرَ، والطَّلعِ إذا لم يُؤَبَّرْ؛ يَتبَعُ في الأخذِ بالشفعةِ؛ كالردِّ بالعيبِ(٢).

(فَإِنْ بَنَى) المشتري (أَوْ غَرَسَ) في حالٍ يُعذَرُ فيه الشريكُ بالتأخيرِ(٣)، بأن قاسَمَ المشتري وَكيلَ الشفيعِ، أو رَفَع الأمرَ للحاكمِ فقاسَمَهُ(٤)، أو قاسَمَ

(١) وهذا هو المذهب؛ ومذهب الشَّافعيَّة؛ لأنَّه زرع في ملكه أشبه ما لو قام الشَّفيع بشراء الأرض، وفيها زرعٌ.

وعند الحنفيَّة: له الأجرة من حين أخذه.

وعند المالكيَّة: إن أخذ الشَّفيع بشفعته في موسم زراعة الأرض فيلزم المشتري أن يدفع الأجرة للشَّفيع، وإن أخذ في غير موسم زراعة الأرض فلا أجرة له. [انظر: المدوَّنة ٤/ ٢٢٠، الكافي لابن عبد البرِّ ٢/ ٨٦٥، المنتقى ٦/ ٢٠٣].

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٥/ ٤٦٠]: (وهذا هو المذهب... وقيل: تجب في الزَّرع الأجرة من حين أخذ الشَّفيع، قال ابن رجبٍ: وهو أظهر، قلت: وهو الصَّواب).

(٢) أي: كما يتبع النَّماء المتَّصل في الرَّدِّ بالعيب والخيار الإقالة، فيأخذ الشَّفيع الشِّقص بنمائه المتَّصل لتبعيَّته له، وعدم تميُّزه، وهذا هو المذهب، إذ النَّماء المتَّصل يتبع العين، والنَّماء المنفصل يتبع المالك، وتقدَّم عدم الفرق بين النَّماءين كما في باب الخيار.

(٣) لغيبةٍ أو صغرٍ، أو غير ذلك.

(٤) أي: قاسم المشتري لغيبة الشَّفيع أو لصغره، ثمَّ قدم الغائب، وبلغ الصَّغير لم تسقط الشُّفعة؛ لأنَّ ترك الشَّفيع الطَّلب بها ليس لإعراضه عنها. [انظر: الإقناع مع شرحه ٤/ ١٥٧].

الشفيعَ لإظهارِهِ زِيادةً في الثمنِ ونحوِهِ(١)، ثم غَرَس أو بَنى(٢)؛ (فَلِلشَّفِيعِ تمَلُّكُهُ بِقِيمَتِهِ)؛ دَفعًا للضررِ، فتُقَوَّمُ الأرضُ مَغروسةً أو مَبنيةً، ثم تُقَوَّمُ خاليةً منهما(٣)، فما بينَهما فهو قِيمةُ الغِراسِ والبناءِ(٤)، ....

(١) كإظهاره أنَّ الشِّقص موقوفٌ عليه، أو موهوبٌ له، أو أنَّ الشِّراء لغيره فترك الشُّفعة لذلك.

(٢) فيما ظهر له في القسمة.

(٣) أي: من الغراس والبناء.

(٤) فالمذهب، وهو مذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة: أنَّ المشتري مخيَّرٌ بين أخذ ما بناه أو غرسه وبين إبقائه، فإن اختار أخذه فله ذلك، فإن لم يرغب في أخذه، خيِّر الشَّفيع بين ثلاثة أمورٍ:

أن يأخذ العين بثمنها، والبناء والغراس بقيمته.

أن يطلب من المشتري إزالة ما أحدثه، ويكلَّف الشَّفيع بدفع ما نقص من قيمته بعد القلع.

أن يترك الشَّفيع شفعته؛ لحديث أبي سعيدٍ الخدريِّ ﷺ مرفوعًا: «لا ضرر ولا ضرار»، والضَّرر لا يزول عن الشَّفيع والمشتري على حدٍّ سواءٍ إلَّا بهذه الأشياء.

ولأنَّ المشتري بنى وغرس في ملكه، فلا يكلَّف قلعه، وأيضًا في إلزامه بقلع ما بناه ضررٌ عليه.

وعند الحنفيَّة: أنَّ الشَّفيع مخيَّرٌ بين أخذ ما أحدثه المشتري بالقيمة إذا كان في القلع نقصان الأرض، أو تكليف المشتري بقلع ما أحدثه في العين؛ لأنَّ المشتري بنى وغرس في ملكٍ تعلَّق به حقٌّ للغير، فينقض، كالمرتهن إذا بنى في المرهون.

ونوقش: بأنَّه قياسٌ مع الفارق؛ لأنَّ غرس المشتري وبناءه تَمَّ في ملكه، فهو مأذونٌ له فيه، بخلاف بناء المرتهن وغرسه. [انظر: فتح القدير ٧/ ٤٣١،

(وَ) للشفيعِ (قَلْعُهُ، وَيَغْرَمُ نَقْصَهُ)، أي: ما نَقَص مِن قِيمتِهِ بالقلعِ؛ لزوالِ الضررِ به، فإن أبى فلا شُفعةَ[١].

(وَلِرَبِّهِ)، أي: ربِّ الغِراسِ أو البناءِ (أَخْذُهُ)، ولو اختار الشفيعُ تَملُّكَهُ بقيمتِهِ[٢]، (بِلَا ضَرَرٍ) يَلحَقُ الأرضَ بأخذِهِ[٣]، وكذا مع ضررٍ، كما في المنتهى[٤] وغيرِهِ[٥]؛ لأنَّه مِلكُهُ، والضررُ لا يُزالُ بالضررِ[٦].

(وَإِنْ مَاتَ الشَّفِيعُ قَبْلَ الطَّلَبِ؛ بَطَلَتِ) الشفعةُ؛ لأنَّه نوعُ خيارٍ للتمليكِ،

شرح مِنَح الجليل ٣/٦١٣، المهذب ١/٣٨٢، الإنصاف ٦/٢٩٢، أحكام الشُّفعة ٤٢٣].

فإن كان تصرُّف المشتري في الأرض ممَّا لا يدوم كالزِّراعة، فباتِّفاق الفقهاء أنَّ المشتري لا يؤمر بإزالة الزَّرع من الأرض إذا طالب الشَّفيع بذلك إلَّا مع ضمان النَّقص، ولكن هل للشَّفيع حقُّ الأجرة منذ أخذه بالشُّفعة إلى وقت الحصاد؟ يأتي قريبًا.

(١) أي: فإن أبى الشَّفيع من دفع غرامة ما نقص بالقلع فلا شفعة له؛ لأنَّه مضارٌّ.

(٢) لأنَّه ملك المشتري، ولا يضمن ما نقص بقلع غراسه أو بنائه، لانتفاء عدوانه وليس عليه تسوية الحفر. [انظر: كشَّاف القناع ٤/١٥٧].

(٣) أي: الغراس والبناء.

(٤) ١/٥٣٢.

(٥) كالإقناع. [انظر: الإقناع مع شرحه ٤/١٥٧]؛ لأنَّه تخليص لعين ماله ممَّا كان حين الوضع في ملكه.

(٦) أي: الضَّرر الحاصل على الشَّفيع بقلعه لا يزال بالضَّرر الحاصل على المشتري بتملُّك غرسه وبنائه بغير اختياره.

أشبه خيارَ القبولِ(١).

(وَ) إن مات (بَعْدَهُ)، أي: بعدَ الطلبِ؛ ثَبَتَت (لِوَارِثِهِ)(٢) ....

---

(١) فإنَّه لو مات من يريد القبول بعد إيجاب صاحبه البيع لم يقم وارثه مقامه في القبول.

(٢) كلِّهم على قدر إرثهم، وليس لهم إلَّا أخذ الكلِّ أو تركه، وإن ترك بعضهم توفَّر للباقين. [انظر: كشَّاف القناع ٤/١٥٨].

مسألةٌ: إذا حدث في المبيع نقصٌ، وكان هذا النَّقص بفعل قاهرٍ كتلف بعض المبيع بآفةٍ سماويَّةٍ، فقد اختلف العلماء في ذلك إلى أقوالٍ، هي:

القول الأوَّل: للشَّفيع أن يأخذ الباقي بحصَّته من الثَّمن مطلقًا من غير فرقٍ بين تلف الأصل أو التَّابع، وهذا مذهب الحنابلة، والقول القديم للشَّافعيِّ؛ لأنَّ المبيع لـمَّا تعذَّر أخذه كلُّه بسبب التَّلف، وقدر الشَّفيع على أخذ بعضه بالحصَّة كان له ذلك، كما لو تلف بفعل آدميٍّ، وكما لو كان هناك شفيعٌ آخر.

القول الثَّاني: يلزم الشَّفيع بأخذ ما تبقَّى من العين بكلِّ الثَّمن أو يترك الشُّفعة، من غير فرقٍ بين أن يكون التَّلف في الأصل أو التَّابع، وهذا مذهب المالكيَّة، والقول الجديد للشَّافعيِّ؛ لأنَّ إسقاط ما تلف من العين بآفةٍ سماويَّةٍ يلحق الضَّرر بالمشتري بما لا صنع له فيه، كما لو أخذ البعض مع بقاء البعض الآخر.

ونوقش: بأنَّ العين لم تكن أمانةً في يده حتَّى لا يضمن ما تلف فيها، فإذا كان الضَّمان على المشتري كان عليه قيمة ما تلف في يده، وإلزام الشَّفيع بأن يأخذ بعض المبيع بجميع الثَّمن فيه إضرارٌ بالشَّفيع.

القول الثَّالث: إن كان التَّلف يعود إلى تابعٍ من غراسٍ أو بناءٍ فإنَّ الشَّفيع يأخذ المشفوع فيه بجميع الثَّمن أو يترك، وأمَّا إذا كان التَّلف يعود إلى الأصل، كما لو غرق نصف الأرض مثلًا، فإنَّ الشَّفيع يأخذ الباقي بحصَّته من الثَّمن؛

...[1]؛ ....

لأنَّ التَّابع يدخل في المبيع من غير تسميةٍ، فإذا هلك بآفةٍ سماويَّةٍ لم يكن له حصَّةٌ من الثَّمن بخلاف التَّلف في غير التَّابع. [انظر: الهداية شرح البداية ٤/ ٣٣، التَّاج والإكليل ٥/ ٣٣١، المهذَّب ١/ ٣٧٨، الإنصاف ٦/ ٢٨٢، أحكام الشُّفعة ٤٣٢].

وأمَّا إذا كان النَّقص بفعل آدميٍّ:

فالمذهب، ومذهب الحنفيَّة، وقول بعض الشَّافعيَّة: يأخذ الشَّفيع ما تبقَّى بحصَّته من الثَّمن؛ لأنَّ ما هدمه المشتري بيده ليس له الحقُّ في أخذ قيمته؛ لأنَّ ما أتلفه في يده فهو من ضمانه.

ولأنَّه تعذَّر على الشَّفيع أخذ الجميع، وقدر على أخذ البعض، فكان له الأخذ بالحصَّة من الثَّمن.

وعند المالكيَّة: يأخذ الشَّفيع ما تبقَّى بجميع الثَّمن، أو يترك الشُّفعة بشرط أن يكون ما أتلفه المشتري من المبيع راجعٌ لمصلحته؛ لأنَّ المشتري قد تصرَّف في ملكه بما يجوز له، فلم يكن عليه ضمانٌ لسلامته من التَّعدِّي. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول الظَّاهريَّة: أنَّ حقَّ الشُّفعة لا يورث إذا مات الشَّفيع قبل المطالبة به، أمَّا إذا طالب الشَّفيع بحقِّه قبل موته فيثبت الحقُّ لورثته؛ لما علَّل به المؤلِّف؛ ولأنَّ الشُّفعة حقٌّ للشَّفيع، فلا يثبت بدون مطالبته.

ولأنَّ المطالبة بالشُّفعة إنَّما تكون على الفور، وفي موته قبل المطالبة بها احتمالٌ بترك المطالبة، وما كان موضع شكٍّ فلا ينتقل إلى الورثة.

ونوقش: بعدم تسليم وجوب المطالبة بالشُّفعة على الفور كما تقدَّم.

وعند الحنفيَّة: يسقط حقُّ الشُّفعة بموت الشَّفيع؛ لأنَّ السَّبب الَّذي يأخذ به الشَّفيع هو تملُّكه للعين المشفوع بها، فإذا مات زال تملُّكه.

ونوقش: بأنَّ الشَّفعة ثابتةٌ للشَّفيع قبل موته، فلا تسقط بموت مستحقِّها.

لأنَّ الحقَّ قد تَقَرَّرَ بالطلبِ، ولذلك لا تَسقُطُ بتأخيرِ الأخذِ بعدَه(١).

(وَيَأْخُذُ) الشفيعُ الشِّقصَ (بِكُلِّ الثَّمَنِ) الذي استقرَّ عليه العقدُ(٢)؛ لحديثِ جابرٍ: «فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ بِالثَّمَنِ»، رواه أبو إسحاقَ الجُوزَجاني(٣) في المترجمِ(٤)،

وعند المالكيَّة والشَّافعيَّة: أنَّ حقَّ الشُّفعة لا يسقط بموت الشَّفيع مطلقًا سواءٌ طالب بها قبل موته أو لم يطالب، فيورث عنه؛ لأنَّ الشُّفعة خيارٌ يثبت لدفع الضَّرر عن المال، فيورث عن الشَّفيع كالرَّدِّ بالعيب.

ولأنَّ الشُّفعة حقٌّ يثبت قبضه بعقد البيع، فينتقل استحقاق قبضه إلى الورثة كقبض المبيع إذا مات المشتري، وهذا أقرب الأقوال. [انظر: اللُّباب ١/ ١٣٣، فتح القدير ٧/ ٤٤٦، المدوَّنة ٤/ ٢١٦، بداية المجتهد ٢/ ١٩٨، المهذَّب ٢/ ٣٨٣، المبدع ٥/ ٢٢٢، المحلَّى ٩/ ٩٦، أحكام الشُّفعة ٤٣٢].

(١) أي: بعد الطَّلب بالشُّفعة.

(٢) قدرًا وجنسًا ووصفًا، وتقدَّم الكلام عليه أوَّل الباب عند قول المؤلِّف: (وهي استحقاق الشَّريك انتزاع حصَّته شريكه... بثمنه الَّذي استقرَّ عليه العقد).

(٣) أبو إسحاق الجُوزَجانيُّ: اسمه إبراهيم بن يعقوب بن إسحاق السَّعديُّ نسبةً إلى جوزجان بخراسان، توفِّي عام ٢٩٩ هـ.

(٤) كتاب المترجم لأبي إسحاق الجوزجاني مفقود، وقد رواه أحمد (١٥٠٩٥) من طريق الحجاج بن أرطاة، عن أبي الزبير، عن جابر بن عبد الله ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «من كان بينه وبين أخيه مزارعة فأراد أن يبيعها فليعرضها على صاحبه، فهو أحق بها بالثمن»، وفيه الحجاج بن أرطاة، قال ابن حجر: (صدوق كثير الخطأ والتدليس)، وقد عنعنه، ولذا ضعفه الألباني بهذا اللفظ. [انظر: تقريب التهذيب، الإرواء ٥/ ٣٧٤].

وأصل الحديث في مسلم (١٦٠٨) من طريق ابن جريج، عن أبي الزبير، عن جابر قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم، ربعةٍ أو

(فَإِنْ عَجَزَ عَنِ) الثمنِ أو (بَعْضِهِ؛ سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ)(١)؛ لأنَّ في أخذِهِ بدونِ دَفعِ كلِّ الثمنِ إضرارًا بالمشتري، والضَّررُ لا يُزالُ بالضررِ(٢).

وإن أحضر رَهنًا أو كَفيلًا؛ لم يَلزَم المشتري قبولُهُ(٣)، وكذا لا يَلزَمُهُ قبولُ عِوضٍ عن الثمنِ.

وللمشتري حَبسُهُ على ثمنِهِ(٤)، قاله في الترغيبِ وغيرِهِ(٥)؛ لأنَّ الشُّفعةَ قَهرِيٌّ، والبيعَ عن رِضًا، ويُمْهَلُ إنْ تعذَّر في الحالِ ثلاثةَ أيامٍ(٦).

حائطٍ، لا يحل له أن يبيع حتى يُؤْذِنَ شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يُؤْذِنْه فهو أحق به».

(١) أي: وإن عجز شفيعٌ عن ثمن الشِّقص المشفوع بعد الإنظار كما سيأتي، أو عن بعض ثمنه؛ سقطت شفعته بلا حكم حاكمٍ؛ لتعذُّر وصول المشتري إلى الثَّمن.

(٢) أي: ضرر الشَّفيع لا يزال بالضَّرر الحاصل على المشتري بتسليمه الشِّقص بدون كلِّ الثَّمن أو بعضه. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/ ٤٨١].

(٣) لأنَّ عليه ضررًا في تأخير الثَّمن، فلم يلزم المشتري ذلك، كما لو أراد تأخير ثمنٍ حالٍّ.

(٤) لأنَّها معاوضةٌ فلم يجبر عليها. [انظر: المغني ٧/ ٤٨٤].

(٥) كابن قدامة. [انظر: المصدر السَّابق].

(٦) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيِّ؛ لأنَّها آخر حدِّ القِلَّة.

وعن الإمام أحمد، وبه قال الإمام مالكٌ: بقدر ما يرى الحاكم.

قال المرداويُّ: (وهذا هو الصَّواب في وقتنا هذا، فإذا مضى الأجل فسخ المشتري على الصَّحيح من المذهب...، قال الحارثيُّ: هو أصحُّ...، وقيل: إنَّما يفسخه الحاكم). [انظر: المغني ٧/ ٤٨٥، الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٥/ ٤٨٠].

(وَ) الثمنُ (المُؤَجَّلُ يَأْخُذُ) الشفيعُ (المَلِيءُ بِهِ)؛ لأنَّ الشفيعَ يستحِقُّ الأخذَ بقدرِ الثمنِ(١) وصفتِهِ، والتأجيلُ مِن صفتِهِ(٢).

---

(١) فهو تابعٌ للمشتري فيه، وفي الحلول زيادةٌ على التَّأجيل، فلم يلزم الشَّفيع كزيادة القدر.

(٢) إذا كان الثَّمن حالًّا، فلا خلاف بين العلماء أنَّه يلزم الشَّفيع أن يأخذ بالثَّمن الحالِّ، وإنَّما اختلف العلماء في الثَّمن المؤجَّل:

فالمذهب، ومذهب المالكيَّة: أنَّ الشَّفيع يأخذ المبيع بما أخذ به المشتري على أجله إذا كان الشَّفيع مليئًا، أو كَفَلَه مليءٌ، وزاد المالكيَّة: أو أتى برهنٍ ثقةٍ، فإن لم يكن الشَّفيع موسرًا ولم يضمنه مليءٌ طولب بتعجيل الثَّمن، وإلَّا سقطت الشُّفعة؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند الحنفيَّة، وهو المصحَّحُ عند الشَّافعيَّة: أنَّ الشَّفيع يخيَّر بين التَّعجيل وأخذ المبيع، أو الانتظار إلى حلول الأجل، وليس له الحقُّ في أخذ المبيع بالأجل، وعلَّلوا: بأنَّ قبول البائع بذمَّة المشتري لا يلزم معه قبول المشتري بذمَّة الشَّفيع؛ لأنَّ الذِّمم تتفاوت في الملء والإعسار، والمعاملة.

ولأنَّ في إلزام الشَّفيع بتعجيل الثَّمن ضررًا عليه؛ لأنَّ الأجل يقابله قسطٌ بالزِّيادة في الثَّمن.

وعند الظَّاهريَّة: أنَّ الشَّفيع يأخذ الشِّقص بأجله مطلقًا؛ لحديث جابر ﷺ قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشُّفعة في كلِّ شركةٍ لم تقسم، ربعةٍ أو حائطٍ، لا يحلُّ له أن يبيع حتَّى يُؤْذِنَ شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يُؤْذِنْه فهو أحقُّ به»، رواه مسلمٌ، فالنَّبيُّ ﷺ قدَّم الشَّفيع على المشتري، وجعله أَولى بالمبيع دون تقييده بشيءٍ.

ونوقش: بأنَّ المراد الشَّفيع القادر على أداء الثَّمن، وتسليم المبيع إلى الشَّفيع دون ضامنٍ مليءٍ يضمن حقَّ المشتري فيه ضررٌ على المشتري. [انظر:

. . . .

المبسوط ١٤/ ١٠٣، التَّاج والإكليل ٥/ ٣١٦، المهذَّب ١/ ٣٧٩، المغني ٧/ ٤٨٢، الإنصاف ٦/ ٣٠١، أحكام الشُّفعة ٤٣٥].

مسألةٌ: إذا حطَّ البائع أو زاد بعد البيع، فهل يثبت ذلك في حقِّ الشَّفيع؟

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوالٍ:

القول الأوَّل: يسقط عن الشَّفيع ما يحطُّه البائع عن المشتري مطلقًا، سواءٌ كان ذلك قبل الأخذ بالشُّفعة أو بعده، بخلاف الزِّيادة على الثَّمن فإنَّها لا تلزم في حقِّ الشَّفيع؛ لقوله تعالى: ﴿فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ﴾، فإذا جاز إلحاق الزِّيادة والحطِّ من المهر بعد وجوبه جاز ذلك في عقد البيع.

ونوقش: بأنَّ الخلاف ليس على جواز الزِّيادة والحطِّ، وإنَّما في توصيف هذه الزِّيادة والحطِّ، هل هما تبرُّعٌ أو رجوعٌ عن الثَّمن الأوَّل.

القول الثَّاني: إن حطَّ عن المبتاع ما يشبه أن يحطَّ في البيوع وضع ذلك عن الشَّفيع بأن يكون مقدار ما حطَّه البائع عن المشتري ممَّا جرت العادة بحطِّه من الثَّمن بين النَّاس، وكان المتبقِّي من الثَّمن يشبه أن يكون ثمنًا للشِّقص، وإن كان لا يحطُّ مثله فهي هبةٌ، ولا يحطُّ عن الشَّفيع شيءٌ، وهذا مذهب المالكيَّة؛ لأنَّ المتبقِّيَ من الثَّمن إن كان يشبه أن يكون ثمن مثله كان الحطُّ من الثَّمن ليس تبرُّعًا محضًا من البائع، بل وصولًا إلى الثَّمن الحقيقيِّ للشِّقص، فيسقط الحطُّ عن الشَّفيع، وإن كان المتبقِّي لا يشبه أن يكون ثمنًا قطعنا أنَّ ذلك كان على وجه التَّبرُّع، فلا يسقط عن الشَّفيع.

القول الثَّالث: إن كان الحطُّ أو الزِّيادة بعد لزوم العقد لم يحطَّ منه شيءٌ عن الشَّفيع، وإن كان الحطُّ أو الزِّيادة قبل لزوم العقد كما في خيار المجلس أو في مدَّة خيار الشَّرط فإنَّه يحطُّ عن الشَّفيع، وهذا مذهب الشَّافعيَّة، والحنابلة؛

(وَضِدُّهُ)، أي: ضدُّ المليءِ وهو المعسِرُ[١]؛ يَأْخُذُ إذا كان الثمنُ مُؤجلًا (بِكَفِيلٍ مَلِيءٍ)؛ دَفعًا للضررِ[٢].

وإن لم يَعلَم الشفيعُ حتى حَلَّ فهو كالحالِّ[٣].

(وَيُقْبَلُ فِي الخُلْفِ) في قدرِ الثمنِ (مَعَ عَدَمِ البَيِّنَةِ) لواحِدٍ منهما؛ (قَوْلُ المُشْتَرِي)[٤] مع يمينِهِ؛ لأنَّه العاقِدُ، فهو أعلم بالثمنِ، والشفيعُ ليس بغارمٍ؛ لأنَّه لا شَيء عليه[٥]، وإنما يُريدُ تملُّكَ الشِّقصِ بثمنِهِ[٦]، بخلافِ الغاصِبِ ونحوِهِ[٧].

لأنَّ الزِّيادة والنَّقص قبل لزوم العقد يعتبر جزءًا من الثَّمن؛ لأنَّ العقد قبل لزومه لم يستقرَّ، فالثَّمن فيه قابلٌ للزِّيادة والنُّقصان، فما حُطَّ عن المشتري حُطَّ عن الشَّفيع، وما زِيدَ لزم الشَّفيع، وأمَّا بعد لزوم العقد واستقرار الثَّمن فإنَّه هبةٌ ولا تحطُّ عن الشَّفيع، ولا يلزمه ما زاده المشتري بعد لزوم العقد؛ لأنَّه تبرُّعٌ محضٌ. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) وهو المفتقر الَّذي لا يقدر على الأداء.

(٢) أي: ضرر المشتري، وإنَّما اعتبرت الملاءة في الشَّفيع، أو الضَّامن لحفظ حقِّ المشتري.

(٣) أي: فهو كالثَّمن الحالِّ ابتداءً.

(٤) وهذا باتِّفاق الأئمَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف. [انظر: مختصر اختلاف العلماء ٤/ ٢٢٧، المعونة ٢/ ١٢٨٢، الحاوي ٩/ ٢٨، روضة الطَّالبين ٥/ ٩٦، معونة أُولي النُّهى ٥/ ٤٦٦].

ما لم يدَّع المشتري ثمنًا يكذِّبه الحسُّ. [انظر: المنتقى ٦/ ٢٠٥، الذَّخيرة ٧/ ٣٣٥].

(٥) ولأنَّ الشِّقص ملكه، فلا ينزع عنه بالدَّعوى بغير بيِّنةٍ.

(٦) فلا يقبل قوله بدون بيِّنةٍ.

(٧) كالمتلف والمعتق.

(فَإِنْ قَالَ) المشتري: (اشْتَرَيْتُهُ بِأَلْفٍ؛ أَخَذَ الشَّفيعُ بِهِ)، أي: بالألفِ، (وَلَوْ أَثْبَتَ البَائِعُ) أنَّ المبيعَ بـ (أَكْثَرَ) مِن ألفٍ؛ مُؤاخَذةً للمشتري بإقرارِهِ[١]، فإن قال: غَلِطْتُ، أو كَذَبْتُ، أو نَسِيتُ؛ لم يُقْبَلْ[٢]؛ لأنه رُجوعٌ عن إقرارِهِ.

ومَن ادَّعَى على إنسانٍ شُفعةً في شِقصٍ، فقال: ليس لك مِلكٌ في شَركتي؛ فعلى الشفيعِ إقامةُ البيِّنةِ بالشركةِ[٣]، ولا يَكفي مجرَّدُ وَضعِ اليدِ.

وإن كان للشَّفيع أو المشتري بيِّنةٌ؛ حكم بها، ولا حاجة إلى اليمين، وإن أقام كلٌّ منهما بيِّنةً قدِّمت بيِّنة الشَّفيع؛ لأنَّها بمنزلة بيِّنة الخارج، وقال الموفَّق: ويحتمل أن يقرع بينهما. [انظر: المغني ٧/ ٤٨٩].

(١) في الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/ ٤٩٢: (وجملة ذلك أنَّ للشَّفيع أن يأخذه بما قال المشتري؛ لأنَّ المشتري مقرٌّ باستحقاقه بألفٍ ويدَّعي أنَّ البائع ظلمه، وبهذا قال الشَّافعيُّ.

وقال أبو حنيفة: إن حكم الحاكم بألفين أخذه الشَّفيع بهما؛ لأنَّ الحاكم إذا حكم عليه بالبيِّنة بطل قوله).

(٢) وهذا هو المذهب؛ لما علَّل به المؤلِّف.

والوجه الثَّاني: يقبل قوله، قال القاضي: هو قياس المذهب عندي كما لو أخبر في المرابحة بثمنٍ، ثمَّ قال: غلطت والثَّمن أكثر قُبِل قوله مع يمينه بل ههنا أَولى؛ لأنَّه قد قامت البيِّنة بكذبه، وحكم الحاكم بخلاف قوله فقبل رجوعه عن الكذب. [انظر: المصدر السَّابق].

(٣) وهذا هو المذهب، وبه قال الحنفيَّة، والشَّافعيَّة؛ لأنَّ الملك لا يثبت بمجرَّد اليد وإذا لم يثبت الملك الَّذي يستحقُّ به الشُّفعة لم تثبت، ومجرَّد الظَّاهر لا يكفي.

وقال أبو يوسف: إذا كانت في يده استحقَّ الشُّفعة به؛ لأنَّ الظَّاهر من اليد الملك. [انظر: المصدر السَّابق].

(وَإِنْ أَقَرَّ البَائِعُ بِالبَيْعِ) في الشِّقصِ المشفوعِ، (وَأَنْكَرَ المُشْتَرِي) شراءَهُ؛ (وَجَبَتِ) الشُّفعةُ[(١)]؛ لأنَّ البائعَ أقرَّ بحقَّيْنِ؛ حقٌّ للشفيعِ وحقٌّ للمشتري، فإذا سقط حقُّه بإنكارِهِ ثَبَت حقُّ الآخَرِ[(٢)]، فَيَقبِضُ الشَّفيعُ مِن البائعِ، ويُسلِّم إليه الثمنَ[(٣)]، ويَكونُ دَرَكُ الشفيعِ على البائعِ[(٤)]، وليس له ولا للشفيعِ مُحاكمةُ المشتري[(٥)].

(وَعُهْدَةُ[(٦)] الشَّفِيعِ عَلَى المُشْتَرِي، ....

(١) وهذا هو المذهب، وهو مذهب الحنفيَّة، والمصحَّح عند الشَّافعيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف؛ ولأنَّ البائع يقرُّ للشَّفيع باستحقاق المشفوع فيه، والشَّفيع يدَّعي ذلك فوجب قبوله كما لو أقرَّ أنَّها ملكه.

وعند المالكيَّة: أنَّ الشَّفيع ليس له الأخذ بالشُّفعة؛ لأنَّ الشُّفعة فرعٌ للبيع، ولم يثبت فلا يثبت فرعه. [انظر: بدائع الصَّنائع ٥/ ٣١، الإشراف ٢/ ٥٢، الحاوي ٩/ ٩٠، المغني ٧/ ٤٥٢، المحرَّر ٢/ ٣٦٧، أحكام الشُّفعة ٤٢٥].

(٢) وهو الشَّفيع.

(٣) لاعترافه بالبيع، وذلك إن لم يكن البائع مقرًّا بقبضه من المشتري، وإلَّا بقي في ذمَّة الشَّفيع إلى أن يدَّعيه المشتري؛ لأنَّه لا مستحِقَّ له غيره. [انظر: الإقناع مع شرحه ٤/ ١٦٣].

(٤) لأنَّ القبض منه، ولم يثبت الشِّراء في حقِّ المشتري.

(٥) يعني لإثبات البيع في حقِّه؛ لعدم الحاجة إليه، ولوصول كلٍّ منهما إلى مقصوده بدون محاكمةٍ. [انظر: الإقناع مع شرحه ٤/ ١٦٣].

(٦) العهدة مشتقَّة من العهد، وهو الميثاق واليمين، ويقال: لا عهدة أي: لا رجعة. [انظر: لسان العرب ٢/ ٩١٤].

والمراد هنا: ضمان العوض في البيع إذا تبيَّن أنَّ العين مستحَقَّةٌ للغير. [انظر: حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٩١٤].

وَعُهْدَةُ الْمُشْتَرِي عَلَى البَائِعِ)[١] في غيرِ الصورةِ الأخيرةِ[٢]، فإذا ظَهَر الشِّقصُ مُستحَقًّا أو مَعيبًا؛ رَجَع الشَّفيعُ على المشتري بالثمنِ أو بأرشِ العيبِ[٣]، ثم يَرجِعُ المشتري على البائعِ[٤]، فإن أبى المشتري قَبْضَ المبيعِ أجبره الحاكِمُ[٥].

(١) وهذا هو المذهب، وهو مذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة؛ لأنَّ الشَّفيع انتزع النصيب من المشتري فيرجع عليه كما استحقَّ المشتري الرَّدَّ بالعيب على البائع.

وعند الحنفيَّة: أنَّ عهدة الشَّفيع تكون على من بيده المبيع، فإن كان في يد البائع قبضه الشَّفيع منه، ونقده الثَّمن إن لم يكن نقده المشتري، وإن كان المبيع في يد المشتري نقده الثَّمن، وتكون عهدته على المشتري؛ لأنَّ حقَّ الشَّفيع في الشِّقص يثبت بالبيع قبل تملُّك المشتري له، بدليل أنَّ الشُّفعة لا تسقط بإقرار البائع، وإنكار المشتري. [انظر: المبسوط ١٣/ ١٠٢، حاشية ابن عابدين ٥/ ١٤٥، مواهب الجليل ٥/ ٣٢٩، الكافي ٢/ ٦٨٤، المهذَّب ١/ ٣٨٢، المغني ٧/ ٥٠٨، الإنصاف ٦/ ٣١١، أحكام الشُّفعة ٤٤٤].

(٢) وهي ما إذا أقرَّ البائع وحده بالبيع، وأنكر المشتري الشِّراء، وأخذ الشَّفيع الشِّقص من البائع، فالعهدة عليه.

(٣) يعني إذا ظهر الشِّقص معيبًا، واختار الشَّفيع الإمساك مع الأرش إن قيل به، رجع بأرش العيب على المشتري.

(٤) بالثَّمن إن بان مستحَقًّا أو مبيعًا، أو بالأرش إن بان معيبًا واختار الإمساك مع الأرش، سواءٌ قبض الشِّقص من المشتري، أو من البائع، وإن لم يأخذ الشَّفيع أرشه من المشتري؛ فلا شيء للمشتري على البائع.

(٥) أي: فإن أبى المشتري قبض المبيع ليسلِّمه للشَّفيع خوف العهدة أجبره الحاكم؛ لوجوب القبض عليه ليسلِّمه للشَّفيع؛ لأنَّه يشتريه منه، فلا يأخذه من غيره، هذا هو المذهب.

ولا شُفعةَ في بَيعِ خيارٍ قبلَ انقضائِهِ[١]، ولا في أرضِ السَّوادِ ومِصرَ والشَّامِ[٢]؛ لأنَّ عمرَ وَقَفَها، ....

واختار الموفَّق: أن يأخذه الشَّفيع من يد البائع، وقال أبو الخطَّاب: قياس المذهب أن يأخذ الشَّفيع من يد البائع، ويكون كأخذه من يد المشتري، وهو قول أبي حنيفة؛ لأنَّ العقد يلزم في بيع العقار قبل قبضه، ويدخل المبيع في ملك المشتري وضمانه، ويجوز له التَّصرُّف فيه بنفس العقد، فكان كما لو قبضه، وصحَّحه الحارثيُّ. [انظر: المقنع مع الشَّرح الكبير الإنصاف ١٥/ ٥١٧].

(١) إن كان الخيار للبائع، أو للبائع والمشتري، فلا تثبت الشُّفعة بسبب وجود خيار البائع، وخيار البائع يمنع زوال ملكه عن المبيع.

قال ابن رشدٍ في بداية المجتهد ٢/ ١٩٥: (واتَّفق العلماء على أنَّ المبيع الَّذي بِيع بالخيار أنَّه إذا كان الخيار فيه للبائع أنَّ الشُّفعة لا تجب حتَّى يجب البيع).

أمَّا إذا كان الخيار للمشتري: فالمذهب، ومذهب المالكيَّة: عدم ثبوت الشُّفعة؛ لأنَّ القول بإثبات الشُّفعة زمن خيار المشتري إلزامٌ له بعقد البيع دون رضاه، ممَّا يوجب عليه عهدة الشَّفيع، وحينئذٍ يفوت عليه الرُّجوع في عين الثَّمن الَّذي دفعه، أو أنَّ الملك لم يستقرَّ في ملك المشتري.

وعند الحنفيَّة والشَّافعيَّة: ثبوت الشُّفعة في المبيع زمن خيار الشَّرط للمشتري؛ لأنَّ حقَّ الشُّفعة إنَّما يثبت بانقطاع ملك البائع عن المبيع. [انظر: المبسوط ١٤/ ١٤٢، الشَّرح الكبير للدَّردير وحاشيته ٣/ ٤٧٥، المهذَّب ١/ ٣٧٨، الإنصاف ٦/ ٣٠٨، مطالب أُولي النُّهى ٤/ ١٤٢، أحكام الشُّفعة ٤٥٦].

(٢) وهذا هو المذهب؛ لعدم جواز بيعها على المذهب، وتقدَّم في أوَّل كتاب

إلا أن يحكُمَ ببيعِها حاكِمٌ[١]، أو يَفعلَهُ الإمامُ أو نائِبُهُ؛ لأنَّه مختلَفٌ فيه[٢]، وحُكمُ الحاكمِ يَنفُذُ فيه[٣].

  

البيع جواز البيع، قال الحارثيُّ: (يخرَّج على القول بجواز الشِّراء ثبوت الشُّفعة؛ لأنَّها فرعٌ عنه). [انظر: الإنصاف ٦/٣٠٨].

(١) أي: فتثبت الشُّفعة فيما حكم ببيعها حاكمٌ من أوقاف عمر ﷺ وغيرها.

(٢) أي: بيع أرض السَّواد، وتقدَّم أوَّل كتاب البيع.

(٣) وحكم الحاكم يرفع الخلاف، وكذا كلُّ حكمٍ مختلَفٍ فيه.

(بَابُ الوَدِيعَةِ)(١)

مِن وَدَعَ الشيءَ: إذا تَرَكَه؛ لأنَّها مَتروكةٌ عندَ المودَعِ(٢).

والإيداعُ: تَوكيلٌ في الحفظِ تَبرُّعًا، والاستيداعُ توكُّلٌ فيه كذلك(٣).

---

(١) أي: باب ذكر أحكام الوديعة.

(٢) قال ابن فارسٍ كما في «مقاييس اللغة» ٦/ ٩٦: (والواو والدَّال والعين أصلٌ واحدٌ يدلُّ على التَّرك والتَّخلية).

(٣) وفي الاصطلاح:

فعند الحنفيَّة، والمالكيَّة: المال الَّذي يُوكَّل حفظه للغير.

والإيداع: تسليط المالك غيره على حفظ ماله.

وعند الشَّافعيَّة: المال أو المختصُّ المحترم الَّذي يوضع عند الغير لحفظه لصاحبه.

والإيداع: توكيلٌ بالحفظ لمملوكٍ أو مختصٍّ.

وعند الحنابلة: اسمٌ للمال أو المختصِّ المدفوع إلى من يحفظه بلا عوضٍ.

والإيداع: توكيلٌ في حفظ مملوكٍ أو محترمٍ مختصٍّ تبرُّعًا من الحافظ.

مسألة: تصحُّ الوديعة في كلِّ شيءٍ محترمٍ يختصُّ به الإنسان، ولو لم يكن مالًا، وهذا مذهب الشَّافعيَّة والحنابلة. [انظر: العناية على الهداية ٧/ ٤٥٢، والدُّرِّ المختار ٤/ ٤٩٣، التَّاج والإكليل ٥/ ٢٥٠، كفاية الطَّالب الرَّبَّانيِّ ٢/ ٢٥٢، روضة الطَّالبين ٦/ ٣٢٤، تحفة المحتاج ٧/ ٩٨، المبدع ٥/ ٢٣٣، شرح المنتهى ٤/ ١٨٥].

مسألةٌ: إذا أذن المالك للمودَع في التَّصرُّف كانت عاريّةً. . .، كالرَّهن إذا أذن ربُّه في استعماله، فإن لم يستعملها فهي أمانةٌ. [انظر: كشَّاف القناع ٤/ ١٦٧].

وأدلَّة مشروعيَّة الوديعة: الكتاب، كما في قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ

ويُعتبرُ(١) لها ما يُعتبرُ في وكالةٍ(٢).

وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ وقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾.

وأمَّا السُّنَّة: فلما ثبت في الصَّحيحين من حديث ابن عمر ﷺ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «من فرَّج عن مسلم كربةً فرَّج الله عنه بها كربةً من كُرَب يوم القيامة»، ومن تفريج كربة المسلم لأخيه قبول وديعته؛ ولما روت عائشة ﷺ في هجرة النَّبيِّ ﷺ قالت: «وأمر - أي: النَّبيُّ ﷺ - عليًّا ﷺ أن يتخلَّف عنه بمكَّة حتَّى يؤدِّي الودائع الَّتي كانت عنده للنَّاس»، رواه البيهقيُّ، والإجماع قائمٌ على مشروعيَّتها. [انظر: المصادر السَّابقة]، قال العمرانيُّ في البيان ٦/ ٤٧٢: (الأمَّة أجمعت على جواز الإيداع).

فرعٌ: توصيف عقد الوديعة.

الوديعة عقدٌ يقوم على حفظ المال فقط دون التَّصرُّف، فهو وكالةٌ مقيَّدةٌ، وهذا قول الجمهور.

وعلى هذا يشترط في المودَع أهليَّة التَّوكُّل، وفي المودِع أهليَّة التَّوكيل.

وفي قولٍ للشَّافعيَّة: الوديعة ليست عقدًا، بل مجرَّد إذنٍ في حفظ المال، فيضاهي إباحة الأكل للضَّيف.

(١) أي: ويشترط.

(٢) كما سبق في بابه، من البلوغ والعقل والرُّشد، للمودِع، والمودَع.

فرعٌ: شروط الوديعة: الشَّرط الأوَّل: أهليَّة المودِع، والمودَع. يشترط في المودع بالكسر: أن يكون جائز التَّصرُّف، فلو أودَعَ صبيٌّ أو مجنونٌ مالًا لم يصحَّ الإيداع، وهذا قول الأئمَّة الأربعة في الجملة، واستثنى المالكيَّة، والشَّافعيَّة في أحد الوجهين، والحنابلة في الأصحِّ: ما لو كان الدَّافع من قبول الوديعة من المحجور عليه الخوف من هلاك المال في يده، أو من تسلُّط الظَّلمة عليه، فإذا أخذ المال حسبةً صونًا له عن الضَّياع، فتلف في يده فإنَّه لا يضمنه.

ويُستحبُ قبولها لمن عَلِمَ أنَّه ثِقةٌ قادِرٌ على حِفظِها، ويُكره لغيرِهِ إلا بِرِضَى ربِّها(١).

مسألة: إذا أودع الصَّبيُّ المميِّز مالًا، فإن كان غير مأذونٍ له لم يصحَّ إيداعه؛ لأنَّه محجورٌ عليه في ماله، أمَّا إذا كان الصَّبيُّ المميِّز مأذونًا له في التَّصرُّف فاختلف العلماء في صحَّة إيداعه على قولين: المذهب، ومذهب الحنفيَّة: يصحُّ إيداع الصَّبيِّ بشرطين أن يكون مميِّزًا، وأن يكون مأذونًا له؛ لقوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰٓ أَمْوَٰلَهُمْ﴾، فدلَّ على صحَّة تصرُّفه.

مسألة: إذا أودع الرَّجل ماله صبيًّا مميِّزًا هل تصحُّ الوديعة؟

عند الحنفيَّة: يصحُّ أن يودع الرَّجل ماله عند صبيٍّ مميِّزٍ بشرط أن يكون مأذونًا له في التِّجارة، أو يكون الوليُّ قد أذن له في قبول الوديعة، فإن لم يؤذن له فلا يصحُّ قبول الوديعة منه؛ لأنَّه محجورٌ عليه.

وعند الجمهور: لا يصحُّ الإيداع، وإن أذن له وليُّه؛ لعدم الأهليَّة.

الشَّرط الثَّاني: يشترط في المودِع أن تكون له ولاية تصرُّفٍ على الوديعة بملكٍ، أو إذنٍ، وتقدَّم الكلام على التَّصرُّف الفضوليِّ في البيع، وأنَّه ينفذ بالإجازة.

الشَّرط الثَّالث: نصَّ الشَّافعيَّة: أنَّه يشترط أن يكون المودَع ممَّن يصحُّ قبضه للوديعة، فلا يودَع كافرٌ مصحفًا، ولا عبدًا مسلمًا، ولا يودَع محرِمٌ صيدًا.

الشَّرط الرَّابع: نصَّ الحنابلة: أنَّه يشترط أن يكون الوديع معيَّنًا، فلو قال لجماعة: أودعت أحدكم هذا، أو ليحفظ لي أحدكم هذا، لم يصحَّ العقد.

وعند الحنفيَّة: لا يشترط.

(١) وهو قول جمهور أهل العلم: استحباب قبول الوديعة للمستودَع، وللمودع مباحةٌ، لما تقدَّم من الأدلَّة.

وعند الشَّافعيَّة: يجب عليه قبول الوديعة إذا لم يكن هناك غيره يصلح لذلك،

....

وخاف إن لم يقبل أن يَهْلِك المال؛ لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾.

وإذا كان واثقًا من أمانته إلَّا أنَّه عاجزٌ عن حفظها فإنَّه يحرم عليه القبول؛ لأنَّه يعرِّض الوديعة للتَّلف.

وإذا كان قادرًا على الحفظ ولكن لا يثق بأمانة نفسه، فهل يحرم قبولها، أو يكره؟ وجهان في مذهب الشَّافعيَّة، والمعتمد الكراهة.

وعند المالكيَّة: إباحة الوديعة في حقِّ المودِع والمودَع على السَّواء، لكن قد تجب على المودَع إذا خاف ربُّها عليها من ظالمٍ ولم يجد صاحبها من يستودعها غيره، فيجب القبول، ويحرم قبول الوديعة إذا كان المال محرَّمًا، ويستحبُّ قبولها إذا خشي ما يحرِّمها دون تحقُّقه. [انظر: مجمع الأنهر ٢/ ٣٣٨، كفاية الطَّالب الرَّبَّانيِّ ٢/ ٥٢، مواهب الجليل ٥/ ٢٥١، المهذَّب ١/ ٣٦٥، المبدع ٥/ ٢٣٣، المعاملات الماليَّة ١٩/ ٥٩].

فرعٌ: أركان الوديعة.

أركان الوديعة: الصِّيغة، وهي الإيجاب، والقبول من المودِع والمودَع.

وعند أكثر العلماء: الصِّيغة: الإيجاب والقبول، من المودع بالكسر، والمودَع بالفتح.

والمحلُّ، أي: العين المودَعة.

مسألة: يصحُّ الإيداع بالقول صريحًا أو كنايةً، وبالفعل الدَّالِّ عليه، ولا يشترط اللَّفظ، وهذا مذهب الحنفيَّة، والمالكيَّة؛ لأنَّ الأصل في العقود الإباحة.

وعند الشَّافعيَّة والحنابلة: الإيجاب لا يصحُّ إلَّا بلفظٍ دالٍّ على الاستنابة في الحفظ. وأمَّا القبول فيصحُّ باللَّفظ والفعل الدَّالِّ عليه؛ لاشتراط الرِّضا في العقود.

فرعٌ: الإشارة المفهمة المعتادة معتبرة، ولو كانت من قادرٍ على الكلام، وهذا مذهب المالكيَّة، واختيار ابن تيميَّة، وابن القيِّم. [انظر: المصادر السَّابقة، المعاملات الماليَّة ١٩/ ٧٢].

و(إِذَا تَلِفَتِ) الوديعةُ (مِنْ بَيْنِ مَالِهِ وَلَمْ يَتَعَدَّ وَلَمْ يُفَرِّطْ؛ لَمْ يَضْمَنْ)[(١)]؛ لما روى عمرو بنُ شعيبٍ، عن أبيه، عن جدِّه: أنَّ النبيَّ ﷺ قال: «مَنْ أُودِعَ وَدِيعَةً فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ» رواه ابنُ ماجه[(٢)(٣)]، ....

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، وحكي إجماعًا.

قال الشِّيرازيُّ كما في المهذَّب ١/ ٣٦٦: (والوديعة أمانةٌ في يد المودَع، فإن تلفت من غير تفريطٍ لم تضمن...).

وقال ابن هبيرة كما في الإفصاح ٢/ ٢٣: (واتَّفقوا على أنَّ الوديعة أمانةٌ...، وأنَّ الضَّمان لا يجب على المودَع، إلَّا بالتَّعدِّي).

وقال ابن المنذر كما في الإشراف ١/ ٢٥١: (أجمع أكثر أهل العلم على أنَّ المودَع إذا أحرز الوديعة، ثمَّ تلفت من غير جنايته أن لا ضمان عليه).

(٢) رواه ابن ماجه (٢٤٠١) من طريق المثنى، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده مرفوعًا. قال ابن حجر: (وفيه المثنى بن الصباح وهو متروك)، وأقره الألباني، وضعفه ابن كثير.

وتابع المثنى: ابن لهيعة عند البيهقي (١٢٧٠٠)، ومحمد بن عبد الرحمن الحَجَبي عند الدارقطني (٢٩٦١)، والبيهقي (١٢٧٠٠)، وكلا الإسنادين إلى عمرو بن شعيب ضعيف.

قال الألباني: (فهذه ثلاث طرق عن عمرو بن شعيب، وهي وإن كانت ضعيفة فمجموعها مما يجعل القلب يشهد بأن الحديث قد حدث به عمرو بن شعيب، وهو حسن الحديث لا سيما وقد روي معناه عن جماعة من الصحابة ساق البيهقي أسانيدها إليهم). [انظر: إرشاد الفقيه ٢/ ٦٥، التلخيص الحبير ٣/ ٢١٤، الإرواء ٥/ ٣٨٥].

(٣) ولقوله تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍۚ﴾.

وفي «تيسير الكريم الرَّحمن» للسَّعديِّ ٣/ ٢٨١: (ويستدلُّ بهذه الآية على

وسواءٌ ذَهَب معها شيءٌ مِن مالِه أوْ لَا(١).

قاعدةٍ، وهي أنَّ من أحسن على غيره في نفسه، أو ماله، ونحو ذلك، ثمَّ ترتَّب على إحسانه نقصٌ أو تلفٌ أنَّه غير ضامنٍ لأنَّه محسنٌ، ولا سبيل على المحسنين).

ولقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾، والوديعة أمانةٌ، والضَّمان ينافي الأمانة، ولورود ذلك عن الصَّحابة أبي بكرٍ وعمر وعليٍّ وابن مسعودٍ. [انظر: التَّلخيص ٣/ ٩٨].

ولأنَّ المودَع يحفظها لمالكها فتكون يده كيده. [انظر: أسنى المطالب ٣/ ٧٦].

(١) وهذا المذهب، وقول أكثر العلماء؛ لما تقدَّم من الأدلَّة.

وعن الإمام أحمد: (أنَّها إذا تلفت من بين مال المودَع أنَّه يضمن). [انظر: العدَّة ص ٢٦٦، المبدع ٥/ ٢٣٤، الإنصاف ٦/ ٣١٧].

لما ورد أنَّ عمر ضمَّن أنس بن مالكٍ وديعةً ذهبت من بين ماله، رواه البيهقيُّ ٦/ ٢٨٩، وصحَّحه ابن حزمٍ ٨/ ٢٧٧، وأجيب: بأنَّه محمولٌ على أنه فرَّط.

فإن تعدَّى أو فرَّط ضمن، والتَّعدِّي: فعلُ ما لا يجوز، والتَّفريط: تركُ ما وجب.

قال الماوَرْديُّ في الحاوي ٧/ ١٢٥: (الأمانات تضمن بالتَّعدِّي).

قال ابن قدامة في المغني ٩/ ١٦٠: (الأمين لا يضمن ما لم يوجد منه تفريطٌ أو عدوانٌ).

قال ابن المنذر في الإشراف ٦/ ٣٤٦: (وإذا شرط المودِع على المودَع أنَّه ضامنٌ للوديعة فلا ضمان عليه، كذلك قال الثَّوريُّ، والشَّافعيُّ، وأحمد، وإسحاق، ويشبه ذلك مذهب مالكٍ...).

وفي الإنصاف ٦/ ١١٣: (وكلُّ ما كان أمانةً لا يصير مضمونًا بشرطه، هذا

(وَيَلْزَمُهُ)، أي: المودَعَ (حِفْظُهَا فِي حِرْزِ مِثْلِهَا)(١) عُرفًا كما يحفَظُ مالَهُ؛

المذهب، وعليه الأصحاب. . .، وعنه: المسلمون على شروطهم كما تقدَّم).

مسألةٌ: الوديعة عقدٌ جائزٌ من الجانبين لكلِّ واحدٍ منهما فسخه، لكن استثنى الشَّافعيَّة ما إذا ترتب على الفسخ ضررٌ على الآخر.

مسألةٌ: لا خلاف بين الفقهاء أنَّ عقد الوديعة من عقود التَّبرُّعات، لكن اختلفوا في اشتراط المودَع العوض مقابل الحفظ: فالمذهب عدم الجواز؛ لأنَّ المودَع إذا أخذ أجرةً على حفظه لم يكن مودَعًا، وإنَّما يكون أجيرًا على حفظ المال تطبَّق عليه أحكام الأجير.

وعند الحنفيَّة والشَّافعيَّة: يجوز أخذ العوض كإنقاذ الغريق، وتعلُّم الفاتحة؛ لأنَّ الوديعة وكالةٌ في الحفظ، والتَّوكيل يجوز اشتراط الأجرة فيه فكذلك الوديعة.

وعند المالكيَّة: المودَع يستحقُّ أجرة موضع الحفظ، ولا يستحقُّ أجرة حفظ الوديعة إلَّا مع الشَّرط أو العرف؛ لأنَّ حفظ الوديعة نوعٌ من الجاه، وهو لا يؤخذ أجرةٌ عليه بلا اشتراطٍ ولا عرفٍ. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٤/ ٣٤٢، شرح الزُّرقانيِّ ٦/ ١٢٥، التَّاج والإكليل ٥/ ٢٦٦، تحفة المحتاج ٧/ ١٠٠، شرح المنتهى ٢٢/ ٤٤٩، المعاملات الماليَّة ١٩/ ٦٧].

(١) وهذا باتِّفاق الأئمَّة إلَّا إذا لم يعيِّن المودِع حرزًا.

قال ابن رشدٍ في بداية المجتهد ٢/ ٣١٢: (وبالجملة فعند الجميع أنَّه يجب عليه أن يحفظها بما جرت عادة النَّاس أن تحفظ أموالهم)، وقال ابن المنذر في الإشراف ٦/ ٣٣٠: (أجمع أهل العلم على أنَّ على المودِع إحراز الوديعة وحفظها)، والضَّابط في الحرز: ما لا يعدُّ الواضع فيه مضيِّعًا لماله.

في نهاية المحتاج ٧/ ٤٤٨: (ما لا ينسب المودَع بوضع الوديعة فيه إلى تقصيرٍ).

وقيل: كحرز السَّرقة، ويأتي في باب السَّرقة. [انظر: المغني ٦/ ٣٠١].

لأنَّه تعالى أَمَر بأدائِها، ولا يُمكِنُ ذلك إلا بالحفظِ(١)، قال في الرعايةِ: (مَنِ اسْتُودِعَ شيئًا حَفِظَه في حِرزِ مِثلِهِ عَاجلًا مع القُدرةِ، وإلا ضَمِن).

(فَإِنْ عَيَّنَهُ) أي: الحِرزَ (صَاحِبُهَا فَأَحْرَزَ بِدُونِهِ؛ ضَمِنَ)(٢)، سواءٌ رَدَّها إليه أوْ لَا؛ لمخالفتِهِ له في حِفظِ مالِهِ(٣)، (وَ) إن أحرزها (بِمِثْلِهِ أَوْ أَحْرَزَ)

(١) في قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾.

وعليه فلا يملك المودَع حفظ الوديعة في حرزٍ أقلَّ من حرز مثلها، ويضمنها إذا فعل ذلك فتلفت؛ لأنَّ الإيداع يقتضي الحفظ، فإذا أطلق حُمِلَ على المتعارف، وهو حرز المثل. [انظر: العقود الدُّرِّية لابن عابدين ٢/ ٧٥، المقدِّمات الممهِّدات ٢/ ٤٦٦، المهذَّب ١/ ٣٦٦، الكافي لابن قدامة ٢/ ٣٧٤، كشَّاف القناع ٤/ ١٦٨].

(٢) إذا عيَّن المودِع حرزًا وجب حفظها فيه، فإن أحرزها بما دونه ضمن باتِّفاق الأئمَّة؛ لأنَّ من رضي حرزًا لم يرض بدونه.

وقال ابن قدامة: (إن عيَّن له - يعني ما يحفظها فيه - لزمه حفظها فيما أمره به، سواءٌ كان حرز مثلها أو لم يكن)، واستثنى المالكيَّة وابن حزم: ما لو كان ذلك المكان الَّذي عيَّنه مالكها فيه يقين هلاكها؛ لأنَّه يجب عليه حفظها، ولو شرط المودِع خلافه؛ لأنَّه شرطٌ مناقضٌ لحقيقتها. [انظر: بدائع الصنائع ٦/ ٢١٠، ومختصر المزنيِّ ٨/ ٢٤٧، المهذَّب ١/ ٣٦٦، الفروع ٤/ ٤٧٩، المبدع ٥/ ٢٣٤].

(٣) ولتفريطه.

لكن إن خاف عليها من التَّلف بسيلٍ، أو غرقٍ، أو حرقٍ، أو نحو ذلك، فقد قال ابن قدامة في المغني ٩/ ٢٦٣: (وإن نقلها إلى دونه - أي: الحرز المعيَّن - عند الخوف عليها نظرنا، فإن أمكنه إحرازها بمثله أو أعلى منه ضمنها أيضًا لتفريطه، وإن لم يمكنه إحرازها إلَّا بما دونه لم يضمنها؛ لأنَّ إحرازها بذلك أحفظ لها من تركه، وليس في وسعه سواه).

منه؛ (فَلَا) ضَمانَ عليه[١]؛ لأنَّ تَقييدَهُ بهذا الحرزِ يَقتضي ما هو مِثلُهُ، فما فوقَه مِن بابِ أَوْلى.

(وَإِنْ قَطَعَ العَلَفَ عَنِ الدَّابَّةِ) المودَعَةِ (بِغَيْرِ قَوْلِ صَاحِبِهَا؛ ضَمِنَ)[٢]؛ لأنَّ العَلَفَ مِن كمالِ الحفظِ، بل هو الحفظُ بعينِهِ[٣]؛ لأنَّ العُرفَ يَقتضي عَلفَها وسَقْيَها، فكأنَّه مأمورٌ به عُرفًا[٤]، وإن نهاه المالِكُ عن عَلفِها لم

---

(١) وهذا قول جمهور أهل العلم، لما علَّل به المؤلِّف، ولأنَّ من رضي حرزًا رضي مثله، وما هو أكثر منه حفظًا.

وفي قولٍ للحنفيَّة، وروايةٌ عن الإمام أحمد: أنَّ المودَع لا يملك حفظ الوديعة في غير حرزها المعيَّن، ولو كان مثله أو أكثر منه حفظًا؛ لمخالفته لأمر صاحبها من غير حاجةٍ، فلا يملكه أشبه ما لو نهاه عن ذلك.

وعند بعض الحنابلة: يملك الحفظ فيما هو أكثر حفظًا، ولا يملك الحفظ في مثل حرزها المعيَّن؛ لأنَّ مخالفة المالك لا تسوغ إلَّا لفائدةٍ أو حاجةٍ، ولا فائدة إلَّا إذا كان الانتقال إلى مكانٍ أحرز من المكان الَّذي عيَّنه المالك.

وعند الحنفيَّة: لو أمره بالحفظ بهذا البيت، ونهاه عن الحفظ في هذا البيت، فخالف لم يضمن؛ لأنَّ الدَّار واحدةٌ، والحرز واحدٌ، فهذا النَّهي غير مفيدٍ.

ولو أمره بالحفظ في هذه الدَّار، ونهاه عن الحفظ في تلك الدَّار، فخالف ضمن؛ لأنَّ الحرز في الدَّارين يختلف، فكان الشَّرط مفيدًا. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٢١٠، البحر الرَّائق ٧/ ٢٧٩، شرح الزُّرقانيِّ على خليلٍ ٦/ ١١٦، مواهب الجليل ٥/ ٢٥٦، المهذَّب ١/ ٣٦٦، المحرَّر ١/ ٣٦٣، الفروع ٤/ ٤٧٩، المبدع ٥/ ٢٣٤، المعاملات الماليَّة ١٩/ ١٢٣].

(٢) إن ماتت جوعًا، وكذا إن لم يسقها حتَّى ماتت عطشًا.

(٣) إذ الحيوان لا يبقى عادةً بدون العلف ولا السَّقي فيلزمانه.

(٤) وإن أنفق بلا إذن ربِّها مع العجز رجع ولو لم يستأذن الحاكم، صوَّبه

يَضمَنْ[١]؛ لإذنِهِ في إتلافِها، أشبه ما لو أَمَره بقتلِها، لكن يَأثَمُ بتركِ علفِها إذًا؛ لحرمةِ الحيوانِ[٢].

ابن قاضي الجبل، والمذهب: عدم الرُّجوع إذا لم يستأذن الحاكم، ويلزمه الإنفاق، أو يدفعها إلى الحاكم ليستدين على صاحبها ما يحتاج، أو يبيعها عليه إن كان غائبًا، فإن لم يفعل المودَع ضمن. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٦/ ٢٠، قواعد ابن رجبٍ قاعدة ٧٥].

(١) أي: إن ماتت جوعًا أو عطشًا، وهذا هو المذهب؛ لما علَّل به.

قال في الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٦/ ١٨: (قال في الحاوي الصَّغير: ويقوى عندي أنَّه يضمن).

(٢) فإنَّه يجب إحياؤها لحقِّ الله تعالى، سواءٌ نهاه مالكها عن علفها وسقيها أو لا.

مسألةٌ: نفقة الوديعة: باتِّفاق الفقهاء نفقة الوديعة على مالكها، فإن أذن للمودَع بالإنفاق كان وكيلًا عنه في ذلك، ويعود بما أنفق، فإن لم ينفق ولم يأذن بالإنفاق فللمودع مطالبته بالإنفاق عليها، أو ردُّها.

الحالة الأولى: أن يأمره بالإنفاق عليها.

يلزمه الإنفاق عليها مطلقًا، وهذا مذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة، والحنابلة؛ لأنَّ قبول الوديعة يتضمَّن قبول الإنفاق عليها؛ لأنَّه مأمورٌ بحفظها.

الحالة الثَّانية: أن ينهاه عن الإنفاق عليها.

إذا نهاه عن الإنفاق لم ينفق، ولا ضمان عليه، وهذا مقتضى مذهب الحنفيَّة؛ لأنَّ الوديعة معقودةٌ من أجل حفظ العين.

وذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة، والحنابلة: إلى أنَّه يحرم عليه امتثال أمره، وإذا فعل فإنَّه يضمن عند المالكيَّة؛ لحرمة النَّفس، ولا يضمن عند الشَّافعيَّة والحنابلة.

....

الحالة الثَّالثة: أن يسكت، فلا يأمره بالإنفاق ولا ينهاه عن الإنفاق.

فعليه مراجعته أو مراجعة وكيله، والمطالبة بالإنفاق عليها، أو ردِّها، أو الإذن له بالإنفاق، والرُّجوع عليه بها.

وإن كان غائبًا، يلزمه الإنفاق عليها، ولو ترك الإنفاق ضمن، وهو قولٌ في مذهب الحنفيَّة، والمذهب عند المالكيَّة، والشَّافعيَّة، والحنابلة.

وعند الحنفيَّة لا يلزمه.

فإن كان غائبًا: فعند الحنفيَّة: يرفع المودع الأمر إلى الحاكم ويفعل الحاكم الأصلح من إكرائها والإنفاق عليها من أجرتها، أو بيعها، أو إبقائها والإنفاق عليها مدَّة ثلاثة أيَّامٍ حتَّى يحضر، فإن لم يحضر أمره ببيعها، وإن أنفق عليها بدون الرُّجوع إلى القاضي كان متبرِّعًا.

وعند المالكيَّة: أنَّ الوديعة إن احتاجت إلى نفقةٍ، وقام المودَع بذلك فإنَّه يرجع على صاحبها بما أنفق عليها مطلقًا، حتَّى ولو كان ذلك بدون إذن المالك، ولا إذن القاضي.

وعند الحنابلة: يرفع الأمر للحاكم ليأمر بالإنفاق عليها من مال صاحبها إن كان له مالٌ، فإن لم يكن له مالٌ فعل ما يرى فيه الحظَّ للغائب من بيعها وحفظ ثمنها، أو بيع بعضها لنفقة، أو إجارتها لينفق عليها من أجرتها، أو الاستدانة على صاحبها، أو الإذن للمودَع بالإنفاق عليها من ماله، ويرجع على صاحبها.

مسألةٌ: لو أنفق المودَع عليها بلا إذنٍ.

فالمذهب: إن لم يقدر على استئذان الحاكم فأنفق ناويًا الرُّجوع رجع، وإن قدر على استئذان الحاكم ولم يستئذنه، ففيه روايتان، والمذهب: عدم الرُّجوع لتفريطه بترك استئذان الحاكم.

وعند الحنفيَّة والشَّافعيَّة: أنَّه لا رجوع على صاحب الوديعة بشيءٍ؛ لأنَّه متطوِّعٌ بما أنفق.

(وَإِنْ عَيَّنَ جَيْبَهُ)؛ بأن قال: احفَظها في جيبِكَ، **(فَتَرَكَهَا فِي كُمِّهِ أَوْ يَدِهِ؛ ضَمِنَ)**؛ لأنَّ الجيبَ أحرزُ[1]، وربَّما نَسِيَ فَسَقَط ما في كُمِّه أو يدِه[2].

(وَعَكْسُهُ بِعَكْسِهِ)، فإذا قال: اترُكها في كُمِّك أو يدِك، فَتَرَكها في جَيبِهِ؛ لم يَضمَنْ؛ لأنَّه أحرزُ.

وإن قال: اترُكها في يدِك، فَتَرَكها في كُمِّه، أو بالعكسِ[3]، أو قال:

وعند المالكيَّة: أنَّه إذا أنفق عليها يرجع على صاحبها بما أنفق ولو لم يستأذن صاحبها أو الحاكم، واختاره شيخ الإسلام وابن القيِّم.

فعندهما: أنَّ من أنفق على غيره نفقةً تلزمه بغير إذنه ولم ينو التَّبرُّع، فإنَّ له أن يرجع عليه بها، حيث إنَّ المولى سبحانه عقد الموالاة بين المؤمنين وجعل بعضهم أولياء بعضٍ، فمن أدَّى وليُّه واجبًا كان نائبه فيه.

واستظهر شيخ الإسلام وابن القيِّم أيضًا: أنَّ الوديعة إذا كانت حيوانًا واحتاج للنَّفقة أنَّ للمودَع الحقَّ في الاعتياض على نفقتها بمنافع حَلَبِها وركوبها قياسًا على اعتياض المرتهن عن النَّفقة على المرهون بالحَلَبِ والرُّكوب المنصوص عليه. [انظر: رد المختار ٤/ ٥٠١، المدوَّنة ١٥/ ١٥٧، الكافي لابن عبد البرِّ ص ٤٠٤، الأمَّ: ٤/ ٦٣، الإشراف لابن المنذر ١/ ٢٦٢، كشَّاف القناع ٤/ ١٨٩، مجموع الفتاوى ٢٠/ ٥٦٠، إعلام الموقِّعين ٢/ ٢٣، ٣/ ٧، المعاملات الماليَّة ١٩/ ٨٩].

(١) أي: من اليد أو الكُمِّ.

(٢) بخلاف ما في جيبه، فلزمه الضَّمان لتفريطه.

(٣) بأن قال: اتركها في كُمِّك، فتركها في يده لمخالفته؛ لأنَّ اليد تارةً تكون أحرز من الكُمِّ، والكمُّ تارةً أحرز من اليد، فاليد يسقط منها الشَّيء بالنِّسيان، والكمُّ يتطرَّق إليه البسط بخلاف اليد، فكلٌّ منهما أدنى من الآخر حفظًا من وجهٍ.

اترُكها في بيتِكَ، فشدَّها في ثيابِهِ وأخرجها؛ ضَمِنِ؛ لأنَّ البيتَ أحرزُ[(١)].

(وَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ) عادةً؛ كزوجتِهِ وعبدِهِ[(٢)]، (أَوْ) رَدَّها لمن يحفَظُ (مَالَ رَبِّهَا؛ لَمْ يَضْمَنْ)؛ لجريانِ العادةِ به، ويُصَدَّقُ في دعوى التَّلفِ والرَّدِّ؛ كالمودَعِ[(٣)].

---

(١) أي: أخرج ثيابه من بيته ضمن.

(٢) وهذا هو المذهب، وهو مذهب الحنفيَّة، والمالكيَّة؛ لأنَّ الملتزم بعقد الوديعة هو الحفظ، والإنسان لا يلتزم بحفظ مال غيره إلَّا بما يحفظ به مال نفسه؛ وهو يحفظ ماله بيده تارةً، وبيد زوجته وأولاده تارةً أخرى، وهذا أقرب بشرط أهليَّتهم. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/٢٠٧].

وعند الشَّافعيَّة: ليس للمودَع أن يحفظ الوديعة عند من يحفظ ماله عادةً كزوجته وأولاده؛ لأنَّ المودَع إذا سلَّم الوديعة إلى من لم يرض به صاحبها فكما لو سلَّمها لأجنبيٍّ.

وفي قولٍ للمالكيَّة: العمل بالعرف والعادة، فإن كان العرف والعادة في البلد أن يأتمن النَّاس أهليهم على أموالهم وإلَّا فلا. [انظر: الهداية للمرغينانيِّ ٣/٢٥٧، اللُّباب ٢/١٩٦، المقدِّمات لابن رشدٍ ٥/٢٥٧، مواهب الجليل ٥/٢٥٧، حلية العلماء ٥/١٧٦، روضة الطَّالبين ٦/٣٢٧، المبدع ٥/٢٣٧، الإنصاف ٦/٣٢٤، إعلام الموقِّعين ٢/٣٩٣].

(٣) أي: يصدَّق من دفعها المودَع إليه من زوجةٍ أو عبدٍ ممَّن يحفظ مال ربِّها في دعوى التَّلف والرَّدِّ كما يصدَّق المودَع؛ لقيامهم مقامه في الحفظ.

فرعٌ: إذا شرط عليه أن يحفظ الوديعة بنفسه:

عند الحنفيَّة: أنَّ ما كان لاشتراطه فائدةٌ، وكان يمكنه العمل به فإنَّه يجب عليه التزام هذا الشَّرط، وإن كان هذا الشَّرط لا فائدة فيه، أو كان فيه فائدةٌ ولا يمكنه العمل به لم يجب التزامه.

(وَعَكْسُهُ الأَجْنَبِيُّ وَالحَاكِمُ)[١] بلا عُذرٍ[٢]، فَيَضمَنُ المودَعُ بدفعِها إليهما؛ لأنَّه ليس له أن يُودِعَ مِن غيرِ ضررٍ.

(وَلَا يُطَالَبَانِ)، أي: الحاكمُ والأجنبيُّ بالوديعةِ إذا تَلِفت عندَهما بلا تَفريطٍ (إِنْ جَهِلَا)[٣]، جَزَم به في الوجيزِ؛ لأنَّ المودَعَ ضَمِن بنفسِ الدَّفعِ

وعند المالكيَّة والحنابلة: إذا اشترط عليه أن يحفظه بنفسه، فخالف من غير ضرورةٍ فإنَّه يضمن؛ لأنَّ الأيدي تختلف في الأمانة، فقد يرضى المالك أمانة الوديع، ولا يرضى غيره من عياله. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) إيداع الوديعة عند من لا يحفظ ماله في العادة؛ له حالتان:

الأولى: أن يكون لغير عذرٍ.

فجمهور أهل العلم: أنَّه لا يملك ذلك؛ لأنَّ إيداع الوديعة عند الغير من غير عذرٍ مخالفةٌ لما تمَّ التَّعاقد عليه؛ إذ المودِع أمر بحفظها عند المودَع، ولم يرض لها غيره، والأيدي تختلف في الأمانة فلا يملكه كما لو نهاه، وكالوكيل أيضًا لا يوكِّل غيره.

وفي تخريجٍ للحنابلة: أنَّ له ذلك قياسًا على أنَّ للوكيل أن يوكِّل غيره. [انظر: مجمع الأنهر ٢/٣٦٨، الفروع ٤/٢٨٢، المبدع ٥/٢٣٨].

(٢) كمن حضره الموت، أو أراد السَّفر، وليس أحفظ لها.

(٣) تقدَّم أنَّ المودَع لا يملك إيداع الوديعة عند من لا يحفظ ماله بلا عذرٍ، فإن فعل وتلفت الوديعة عند الثَّاني، فاختلف العلماء في تضمين أيِّهما؟ فالمذهب: أنَّ لصاحب الوديعة تضمين من شاء منهما إذا كان الثَّاني عالمـًا بالحال، فإن كان الثَّاني جاهلًا فلا يضمن.

وأمَّا قرار الضَّمان، فإن كان الثَّاني عالـمًا فقرار الضَّمان عليه، وإلَّا على الأوَّل؛ لأنَّ المودَع قد خالف بإيداعه الأجنبيَّ بلا عذرٍ فضمن، كما لو نهاه عن إيداعها.

والإعراضِ عن الحفظِ، فلا يجبُ على الثاني ضمانٌ؛ لأنَّ دَفْعًا واحدًا لا يُوجِبُ ضَمانين.

وقال القاضي: له ذلك، فللمالِكِ مُطالبَةُ مَن شاء منهما(١)، ويَستقرُّ الضمانُ على الثاني إن عَلِمَ، وإلا فعلى الأَوَّلِ، وجَزَم بمعناه في المنتهى(٢).

(وَإِنْ حَدَثَ خَوْفٌ(٣)، أَوْ) حَدَث للمودَعِ (سَفَرٌ؛ رَدَّهَا عَلَى رَبِّهَا) أو

ويضمن الثَّاني؛ لأنَّ المودَع الثَّاني قبض مال غيره على وجهٍ لم يكن له قبضه، ولم يأذن له مالكه كالقابض من الغاصب. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٦/ ٢٨].

وعند الشَّافعيَّة: أنَّ لصاحب الوديعة تضمين من شاء من الأوَّل أو الثَّاني مطلقًا؛ لأنَّ سبب الضَّمان وجد من كلٍّ منهما.

وعند الحنفيَّة، والمالكيَّة: أنَّ الضَّمان يكون على المودَع الأوَّل؛ لأنَّ يد المودَع الثَّاني ليست يدًا مانعةً، بل هي يد حفظٍ وصيانةٍ للوديعة من أسباب الهلاك. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٢٠٨، الاختيار لتعليل المختار ٣/ ٢٧، الإشراف ٢/ ٤٢، التَّفريع ٢/ ٢٧٠، الفروع ٤/ ٢٨٢، المبدع ٥/ ٢٣٨].

(١) اختاره ابن قدامة، وصاحب الشَّرح الكبير. [انظر: المغني ٩/ ٢٦٠، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٦/ ٢٩].

(٢) المنتهى ١/ ٥٣٨.

(٣) الحال الثَّانية: أن يكون الإيداع لعذرٍ، وفيها أمران:

الأوَّل: أن يكون العذر خوف الحرق أو الغرق، ونحو ذلك:

فإن كان صاحب الوديعة موجودًا وأمكن ردُّها إليه، فلا يملك إيداعها، بل يردُّها إليه باتِّفاق الأئمَّة، فإن لم يكن صاحبها موجودًا ولا وكيله، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين: فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: أنَّ المودَع يملك الإيداع عند الحرق والغرق ونحوهما؛ لأنَّ الإيداع في حال

وَكيلِهِ فيها؛ لأنَّ في ذلك تَخليصًا له مِن دَرَكِها، فإن دَفَعها للحاكِمِ إذًا؛ ضَمِن؛ لأنَّه لا وِلايةَ له على الحاضِرِ.

(فَإِنْ غَابَ) ربُّها؛ (حَمَلَهَا) المودَعُ (مَعَهُ) في السفرِ، سواءٌ كان لضرورةٍ أَوْ لَا(١)؛ ....

الحرق ونحوه تعيَّن طريقًا للحفظ، فكان الإيداع بإذن المالك دلالةً.

وعند بعض الحنابلة: أنَّه لا يملك الإيداع في حال العذر؛ لأنَّ صاحب الوديعة إنَّما رضي بأمانة المودَع ولم يرض بأمانة غيره. [انظر: المصادر السَّابقة].

الثَّاني: أن يكون العذر هو السَّفر: باتِّفاق الأئمَّة الأربعة: أنَّ المودَع لا يملك إيداع الوديعة لعذر السَّفر إذا كان صاحبها موجودًا أو وكيله إلَّا بإذنه؛ لأنَّه لا يوجد ضرورةٌ في دفع الوديعة إلى أجنبيٍّ مع حضور مالكها. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٢٠٨، التَّفريع ٢/ ٢٧٠، المهذَّب ١/ ٣٦٧، المبدع ٢٣٨].

(١) فإذا لم يجد صاحبها ولا وكيله، فقد اختلف العلماء في ملكيَّته لإيداعها:

فالمذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: أنَّ الوديع إذا أراد سفرًا، ولم يكن المالك ولا وكيله موجودًا، فإن كان في الموضع حاكمٌ سلَّم الوديعة إليه، فإن لم يجد حاكمًا، أو كان موجودًا إلَّا أنَّه غير مأمونٍ أودعها ثقةً؛ لما استدلَّ به المؤلِّف.

وعند المالكيَّة: إذا أراد الوديع السَّفر، ولم يجد صاحبها ولا وكيله؛ فله أن يدفع الوديعة إلى ثقةٍ؛ «لأنَّ النَّبيَّ ﷺ خرج مهاجرًا إلى المدينة، وأقام عليَّ بن أبي طالب رضي الله عنه ثلاث ليالٍ حتَّى أدَّى عن رسول الله ﷺ الودائع الَّتي كانت عنده للنَّاس، حتَّى إذا فرغ منها لحق برسول الله ﷺ»، رواه البيهقيُّ ٦/ ٢٨٩، وقال ابن حجرٍ في التَّلخيص ٣/ ٩٨: (بسندٍ قويٍّ)؛ ولأنَّه موضع حاجةٍ.

وعند الحنفيَّة: أنَّ المودَع لا يملك إيداع الوديعة؛ لأنَّ السَّفر ليس عذرًا، فلا يملكه المودَع.

(إِنْ[1] كَانَ أَحْرَزَ)[2] ولم يَنهَهُ عنه؛ لأنَّ القصدَ الحفظُ، وهو مَوجودٌ هنا، وله ما أنفق بنيَّةِ الرجوعِ، قاله القاضي[3].

(وَإِلَّا) يَكُنِ السَّفرُ أحفظَ لها[4]، ....

ونوقش بعدم التَّسليم، بل السَّفر عذرٌ، إذ لا يخلو من المخاطر غالبًا. [انظر: المصادر السَّابقة].

مسألة: السَّفر بالوديعة لغير عذرٍ: ذهب الحنفيَّة: أنَّ للمستودَع السَّفر بالوديعة، ولا ضمان عليه بذلك، ما لم ينهه صاحبها عن السَّفر بها، أو يعيِّن له مكان حفظها، أو يكن الطَّريق مخوفًا، وإلَّا كان ضامنًا بسفره بها، فيما عدا حالة الضَّرورة.

وذهب المالكيَّة: أنَّ سفر الوديع بالوديعة من غير عذرٍ تعدٌّ موجب للضَّمان، فإن هلكت ضمن.

وذهب الشَّافعيَّة أنَّ الوديع إذا سافر بالوديعة مع القدرة على ردِّها لمالكها أو وكيله، أو إلى الحاكم إن لم يقدر عليهما، أو إلى أمينٍ، إن لم يقدر على الحاكم، فإنَّه يضمنها، وإلَّا ضمن.

وذهب الحنابلة: إلى أنَّه لا ضمان على الوديع إن سافر بها مع حضور مالكها، إذا لم يَخَفْ عليها من السَّفر، أو كان السَّفر أحفظ لها من إبقائها، ولم ينهه صاحبها عنه، وإلَّا اعتبر متعدِّيًا ضامنًا ما لم يكن له عذرٌ بذلك، أو اضطرار. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) أي: سواءٌ كان سفره لضرورةٍ أو لم يكن لها.

(٢) لأنَّه نقلها إلى موضعٍ مأمونٍ، فلم يضمنها كما لو نقلها في البلد.

(٣) تقدَّم الكلام على نفقة الوديعة عند قول المؤلِّف: (لكن يأثم بترك علفها إذًا؛ لحرمة الحيوان).

(٤) لم يسافر بها، ولو استويا.

أو كان نَهى عنه[١]؛ دَفَعها إلى الحاكمِ[٢]؛ لأنَّ في السفرِ بها غررًا؛ لأنَّه عُرْضَةٌ للنَّهبِ وغيرِهِ، والحاكم يَقومُ مَقامَ صاحبِها[٣] عندَ غَيبتِهِ، فإن أودعها مع قدرتِهِ على الحاكمِ؛ ضَمِنها؛ لأنَّه لا وِلايةَ له.

فإن تعذَّر حاكمٌ أهلٌ (أَوْدَعَهَا ثِقَةً)[٤]؛ لفعلِهِ ﷺ لمَّا أراد أن يُهاجِرَ، أودَعَ الودائِعَ التي كانت عندَه لأم أيمنَ[٥] رضي الله عنها، ولأنَّه مَوضِعُ حاجةٍ.

---

(١) في الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٦/ ٣٢: (جواز السَّفر بها مشروطٌ بما إذا لم ينهه عن حملها، فإن نهاه امتنع وضمن إن خالف، اللَّهم إلَّا أن يكون السَّفر بها لعذرٍ، كجلاء أهل البلد، أو هجوم عدوٍّ، أو حرقٍ، أو غرقٍ فلا ضمان، وهل يجب الضَّمان بالتَّرك؟...، الصَّحيح: أنَّه يضمن إذا ترك فعل الأصلح والحالة هذه).

(٢) إن قدر عليه. [انظر: الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٦/ ٣٣].

(٣) ويلزمه القبول. [انظر: المصدر السَّابق].

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: أنَّ المودَع إذا أراد السَّفر، فإنَّه يدفعها إلى الحاكم، فإن تعذَّر دفعها إلى ثقةٍ؛ لما استدلَّ به المؤلِّف.

وعند المالكيَّة، وقولٌ للحنابلة: لا يلزم الإيداع عند الحاكم، بل يصحُّ عند ثقةٍ؛ لأنَّ المودَع قد أودع الوديعة لثقةٍ مرضيٍّ، فيصحُّ كإيداعها عند الحاكم. [انظر: المدوَّنة ٦/ ١١٤، التَّفريع ٢/ ٢٧٠، المهذَّب ١/ ٣٦٧، الفروع ٤/ ٤٨٠، المبدع ٥/ ٢٣٨].

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٦/ ٣٣: (لو خاف عليها أودعها حاكمًا أو أمينًا. اهـ. قلت: الصَّواب هنا يراعى الأصلح في دفعها إلى الحاكم أو الثِّقة، فإن استوى الأمران فالحاكم).

(٥) لم نقف عليه هكذا، قال ابن الملقن: (وأما كونه سلَّمها إلى أم أيمن، فلا يحضرني ذلك بعد البحث عنه).

وكذا حُكمُ مَن حَضَره الموتُ(١).

(وَمَنْ) تعدَّى في الوديعةِ؛ بأن (أُودِعَ دَابَّةً فَرَكِبَهَا لِغَيْرِ نَفْعِهَا)، أي: عَلَفِها وسَقيِها، (أَوْ) أُودِع (ثَوْبًا فَلَبِسَهُ)(٢) ....

وإنما روى الطبري في التاريخ (٢/ ٣٧٧)، والبيهقي (١٢٦٩٦) من طريق محمد بن إسحاق بن يسار قال: حدثني من لا أتهم - وجاءت تسميته عند الطبري: أنه محمد بن عبد الرحمن بن عبد الله بن الحصين التميمي -، حدثني عروة بن الزبير، عن عائشة في هجرة النبي ﷺ قالت: «وأمر - تعني رسول الله ﷺ - عليًّا ﷺ أن يتخلف عنه بمكة حتى يؤدي عن رسول الله ﷺ الودائع التي كانت عنده للناس»، قال ابن حجر: (وأما أمره عليًّا بردها فرواه ابن إسحاق بسند قوي). [انظر: البدر المنير ٧/ ٣٠٥، التلخيص الحبير ٣/ ٢١٤].

(١) أي: وعنده وديعةٌ حكم من أراد سفرًا في دفعها إلى حاكمٍ أو ثقةٍ.

(٢) باتِّفاق الأئمَّة أنَّ المودَع ليس له أن ينتفع بالوديعة؛ لأنَّ الأصل في مال الغير الحرمة، فلا يملك أحدٌ الانتفاع به إلَّا بإذنه. [انظر: النُّتف في الفتاوى ٢/ ٥٨٧، الكافي لابن عبد البرِّ ٢/ ٨٠٤، الوجيز ١/ ٢٨٥، غاية المنتهى ٢/ ٢٦٣].

فإذا انتفع المودَع بالوديعة، بلا إذن صاحبها، ثمَّ تلفت قبل ردِّها إلى حالها؛ يضمن باتِّفاق الأئمَّة خلافًا لبعض الحنابلة.

فإن ردَّها إلى حالها بعد الانتفاع بها فتلفت فالمذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: أنَّه لا يبرأ من الضَّمان، قياسًا على مستأجر الدَّابَّة إلى مكانٍ فجاوزه، ثمَّ عاد إليه فتلفت.

وعند أبي حنيفة: أنَّه لا يضمن؛ لأنَّ الموْدع إذا أزال التَّعدِّيَ زال الضَّمان؛ لزوال سببه وهو التَّعدِّي، والأمر بالحفظ لا يزال باقيًا.

لغيرِ خوفٍ مِن عُثٍّ[١] أو نحوِهِ[٢]، **(أَوْ)** أُودِع **(دَرَاهِمَ فَأَخْرَجَهَا مِنْ مِحْرَزٍ ثُمَّ رَدَّهَا)** إلى حِرزِها[٣]، **(أَوْ رَفَعَ الخَتْمَ)** عن كِيسِها[٤]، أو كانت مَشدودةً[٥]

وعند المالكيَّة: التَّفريق بين الوديعة المثليَّة، وبين الوديعة القيميَّة:

فإن تعدَّى على وديعةٍ مثليَّة كالدَّراهم والدَّنانير، أو كانت الوديعة طعامًا مكيلًا أو موزونًا، فتعدَّى فيه، فردَّ مثله مكانه فلا شيء عليه بعد ذلك إن تلف بدون تعدِّيه أو تفريطه، وإن كانت الوديعة عروضًا قيميَّةً فهو ضامنٌ لها من ساعة إتلافها، سواءٌ ردَّ بدلها إلى مكانها أم لا، ولا يبرأ من تلك القيمة إلَّا إذا أشهد على ردِّها لربِّها؛ لأنَّ المال المثليَّ يجب على المودَع أن يردَّ مثله، فإذا ردَّ مثله فقد برئ من الضَّمان، ورجعت إليه الأمانة.

وأمَّا المال القيميُّ فإنَّه يجب عليه قيمته، فإذا استهلك ثيابًا وجب عليه قيمتها؛ فإذا أخرج ثيابًا مكان القيمة لم يبرأ بذلك. [انظر: المبسوط ١١/ ١١٥، الهداية ٣/ ٢١٦، الشَّرح الكبير للدَّردير ٣/ ٤٢١، مختصر المزنيِّ ٨/ ٢١٥، المهذَّب ١/ ٣٨٩، الفروع ٧/ ٢٩٦، المبدع ٥/ ٢٣٩].

(١) في القاموس ١/ ١٧٠: (العُثَّة بالضَّمِّ: سوسةٌ تلحس الصُّوف).

(٢) كافتراش فرشٍ لا لخوفٍ من عثٍّ.

(٣) إذا أخرج الوديعة لينفقها، ثمَّ ردَّها ولم ينفقها، فالمذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: يضمن؛ لأنَّ الإخراج على هذا القصد خيانةٌ، وإذا ارتفع الاستئمان وثبت الضَّمان فلا يزول عنه إلَّا باستئمانٍ ثانٍ.

وعند أبي حنيفة ومالكٍ: يسقط الضَّمان بالرَّدِّ؛ لأنَّه وإن ضمن بالإخراج فقد عاد إلى الوفاق بردِّ الوديعة إلى موضعها فبرئ من الضَّمان. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٤/ ٣٤٨، بداية المجتهد ٢/ ٣١١، شرح المنتهى ٢/ ٤٥٤].

(٤) ضمن على المذهب.

(٥) وكذا لو كانت مقفولةً فأزال القفل ضمن على المذهب.

فأزال الشدَّ؛ ضَمِن، أَخْرَجَ منها شيئًا أو لا؛ لهتكِ الحرزِ.

(**أَوْ خَلَطَهَا بِغَيْرِ مُتَمَيِّزٍ**)(١)؛ كدراهِمَ بدراهِمَ، وزيتٍ بزيتٍ، مِن مالِهِ أو

---

(١) فالمذهب، وبه قال أبو حنيفة، وهو مذهب الشَّافعيَّة: أنَّ المودَع إذا خلط الوديعة بما لا تتميَّز؛ ضَمِنَها، ويكون المخلوط كلُّه للمودَع؛ لأنَّ المودَع إذا خلط الوديعة بما لا تتميَّز منه، فقد عجز المالك عن الانتفاع بالوديعة، فكان إتلافًا منه، فيضمنها، ولعدم رضا المالك.

وعند أبي يوسف، ومحمَّد بن الحسن: أنَّ المودَع إذا خلط الوديعة بما لا تتميَّز منه؛ ضَمِنَ، إلَّا إذا خلطها بجنسها كالحنطة بالحنطة، فالمودِع بالخيار بين أن يضمنها المودَع، ويكون المخلوط كلُّه له، وبين أن يشتركا فيه فيقتسماه، لأنَّ المودِع لا يمكنه الوصول إلى عين حقِّه صورةً، ويمكنه معنًى وذلك بالقسمة، فكان استهلاكًا من وجهٍ دون وجهٍ، فيميل إلى أيِّهما شاء.

وعند المالكيَّة: خلط المال المثليِّ بمثله لا يوجب الضَّمان إذا وقع ذلك على وجه الإحراز والرِّفق، كما لو خلط الدَّنانير بمثلها، وإن خلط الجنس بغير جنسه، كما لو خلط الحنطة بالشَّعير ونحوه فإنَّه يضمن بالخلط؛ لأنَّه إذا خلط الجنس بجنسٍ آخر فقد يتعذَّر وصول المالك إلى عين ماله، وقد يتعسَّر كما لو قام بخلط الحنطة بالشَّعير، والمتعسِّر كالمتعذِّر. [انظر: الهداية ٣/ ٢١٥، الاختيار ٣/ ٢٦، بُلغة السَّالك ٢/ ١٩٩، حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٤٢٠، المهذَّب ١/ ٣٦٨، حلية العلماء ٥/ ١٧٧، المحرَّر ١/ ٣٦٤، الفروع ٤/ ٤٨٣].

وإن كان الخلط بغير فعله فلا ضمان، جاء في فتح القدير ٨/ ٤٨٩: (وإن اختلطت بماله من غير فعله فهو شريكٌ لصاحبها، كما إذا انشقَّ الكيسان فاختلطا؛ لأنَّه لا يضمنها لعدم الصُّنع منه، فيشتركان، وهذا بالاتِّفاق).

وقال ابن قدامة في المغني ٦/ ٣٠١: (وإن أمره صاحبها بخلطها بماله أو

غيرِهِ[١]، (فَضَاعَ الكُلُّ؛ ضَمِنَ) الوديعةَ؛ لتعدِّيه[٢]، وإن ضاع البعضُ ولم يَدرِ أيهما ضاع؛ ضَمِن أيضًا[٣].

وإن خَلَطها بمُتميِّزٍ؛ كدراهِمَ بدنانيرَ؛ لم يَضمَنْ[٤].

وإن أَخَذ دِرهمًا مِن غيرِ حرْزِهِ[٥]، ثم ردَّه فضاع الكلُّ؛ ضَمِنه وَحدَه[٦]،

بغيره ففعل ذلك فلا ضمان عليه؛ لأنَّه فعل ما أمر به، فكان نائبًا عن المالك فيه).

(١) سواءٌ كان بنظيره، أو أجود منه، أو أدنى.

(٢) بهتك الحرز، وخلط الوديعة بما لا تتميَّز منه.

(٣) لأنَّ الأصل عدم براءته.

(٤) إذا خلط الوديعة بما تتميَّز، فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: أنَّ المودَع إذا خلط الوديعة بما يتميَّز منه لم يضمن؛ لأنَّ الوديعة تتميَّز في هذه الحال، فلا يعجز المودَع عن ردِّها، فلا ضمان عليه أشبه ما لو تركها مع أكياسٍ له في صندوقٍ.

وعند الشَّافعيَّة: أنَّ المودَع إذا خلط الوديعة بما تتميَّز منه لم يضمن، إلَّا إذا حصل بالوديعة نقصٌ بسببه فيضمن النَّقص، لتعدِّيه.

وعن الإمام أحمد: أنَّ المودَع إذا خلط الوديعة بما تتميَّز منه ضمن مطلقًا؛ كما لو خلطها بما لا يتميَّز. [انظر: النُّتف في الفتاوى ٢/ ٥٧٩، مجمع الأنهر ٢/ ٣٤١، حاشية الدُّسوقيِّ ٣/ ٤٢٠، حلية العلماء ٥/ ١٧٧، فتح الوهَّاب ٢/ ٢٢، المبدع ٥/ ٢٤٠، الإنصاف ٦/ ٣٣٢].

(٥) أي: من وديعةٍ غير مختومةٍ، ولا مشدودةٍ، ونحو ذلك.

(٦) لأنَّ الضَّمان تعلَّق بالأخذ، فلم يضمن غير ما أخذ.

فرعٌ: جاء في مجمع الضَّمانات ٦٩: (الوديعة لا تُودَع، ولا تُعار، ولا تُؤْجَر، ولا تُرهَن، فإن فعل شيئًا منها ضمن).

وإن ردَّ بَدَله غيرَ متميِّزٍ؛ ضَمِن الجميعَ[(١)].

ومَن أَودعه صبيٌّ وديعةً؛ لم يَبرأ إلا بردِّها لوليِّهِ[(٢)].

وصرَّح الحنابلة بأنَّ رهن الوديعة كغصبٍ.

فرعٌ: الاتِّجار بالوديعة بدون إذن صاحبها، وأنَّ الجمهور يحرِّمون عليه ذلك، فإذا اتَّجر الوديع بالوديعة، وخسر فإنَّه ضامِنٌ بالاتفاق، ولا يختلفون في ذلك.

عند الحنفيَّة: يتصدَّق به؛ لأنَّ هذا الرِّبح هو كسبٌ لمالٍ مغتصبٍ، فيكون خبيثًا، وسبيله: هو التَّخلُّص منه بالصَّدقة.

وعند المالكيَّة: الرِّبح للوديع مطلقًا؛ لأنَّه إذا كان ضمان هذه الوديعة على الوديع، فإنَّ له ربحه، وعليه خسارته، ولا يمكن أن تحمِّله الخسارة، ولا يستحقُّ الرِّبح.

وعند الشَّافعيَّة: أنَّ الوديع إذا اتَّجر بالوديعة فباع واشترى بها، فهو غاصبٌ؛ لأنَّ من شروط صحَّة العقد أن يكون العاقد مالكًا للمعقود عليه أو مأذونًا له فيه.

وإن كان الوديع يشتري بذمَّته، ثمَّ يؤدِّي الثَّمن من الوديعة، فالشِّراء ثابتٌ له، فإذا ملك السِّلع، ثمَّ ربح فيها، فله الرِّبح، وما كان من خسارةٍ فعليه، وعليه مثل الدَّراهم والدَّنانير الَّتي غصبها؛ لأنَّ الوديع يملك أهليَّة التَّعاقد، فذمَّته صالحةٌ لتحمُّل الحقوق.

وعند الحنابلة: أنَّ الرِّبح يكون للمالك كالغاصب إذا اتَّجر بالعين المغصوبة. [انظر: المعاملات الماليَّة ١٩/ ٢٨٧].

(١) لخلطه الوديعة بما لا تتميَّز، وتقدَّم خلاف أهل العلم فيه.

(٢) تقدَّم في شروط الوديعة. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٢٠٧، كفاية الطَّالب الرَّبَّانيِّ ٢/ ٢٥٣، تحفة المحتاج ٧/ ١٠٣، كشَّاف القناع ٤/ ١٩٧].

ومَن دَفَع لصبيٍّ ونحوِهِ[١] وديعةً؛ لم يَضمَنْها مُطلقًا[٢]، ولعبدٍ؛ ضَمِنها بإتلافِها في رَقبتِهِ[٣].

  

(١) كمجنونٍ وسفيهٍ.

(٢) باتِّفاق الأئمَّة: أنَّه يشترط في المودَع أن يكون جائز التَّصرُّف، وعند المالكيَّة والشَّافعيَّة، والحنابلة: أنَّ جائز التَّصرُّف هو البالغ العاقل الرَّشيد.

وعند الحنفيَّة: العاقل المميِّز. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٣) أي: وإن دفع وديعةً لعبدٍ مكلَّفٍ ضمن الوديعة بإتلافها في رقبته؛ لأنَّ إتلافه من جنايته.

فرعٌ: وإذا مات إنسانٌ وثبت أنَّ عنده وديعةً، ولم توجد بعينها؛ فهي دينٌ عليه تؤخذ من تركته كبقيَّة الدُّيون. [انظر: الإقناع مع شرحه ٤/ ١٧٨].

(فَصْلٌ)(١)

(وَيُقْبَلُ قَوْلُ المُودَعِ فِي رَدِّهَا إِلَى رَبِّهَا)(٢) أو مَن يَحفظُ مالَهُ(٣)، (أَوْ غَيْرِهِ بِإِذْنِهِ)؛ بأن قال: دَفَعتُها لفلانٍ بإذنِكَ، فأنكر مالِكُها الإذنَ أو الدَّفعَ؛ قُبِلَ قولُ المودَعِ(٤)؛ كما لو ادَّعى ردَّها على مالِكِها.

(وَ) يُقبَلُ قولُه أيضًا في (تَلَفِهَا وَعَدَمِ التَّفْرِيطِ) بيمينِهِ؛ لأنَّه أمينٌ(٥)، ....

---

(١) أي: في حكم المودَع في ردِّ الوديعة إلى ربِّها أو غيره، أو تلفها، أو غير ذلك.

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم خلافًا للمالكيَّة، ويأتي قريبًا.

(٣) عادةً كعبده وزوجته، وخازنه؛ لأنَّ أيديهم كيده، وتقدَّم حكم دفعها إليهم لا إلى ورثةٍ وحاكمٍ.

(٤) وهذا هو المذهب؛ لأنَّ المودَع يدَّعي دفعًا يبرأ به من الوديعة، فكان القول قوله، كما لو ادَّعى ردَّها على مالكها.

وعند الحنفيَّة، والمالكيَّة والشَّافعيَّة: أنَّ القول قول المالك مع يمينه؛ لأنَّ المودَع يدَّعي ما يسقط الضَّمان عنه وهو الإذن، والأصل عدمه، فلا يصدَّق إلَّا ببيِّنةٍ، كما لو أخذ مال إنسانٍ، وادَّعى أنَّه أخذه بإذنه. [انظر: الاختيار لتعليل المختار ٢/ ٢٨، شرح الخرشيِّ، ٦/ ١١٥، الحاوي ١٠/ ٤٠٧، الفروع ٤/ ٤٨٤، معونة أُولي النُّهى ٥/ ٥٠٨].

(٥) وهو المذهب، ومذهب الحنفيَّة، والشَّافعيَّة، لأنَّه مدَّعًى عليه، في المغني ٩/ ١٧٣: (قال ابن المنذر: أجمع كلُّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أنَّ المودَع إذا أحرز الوديعة، ثمَّ ذكر أنَّها ضاعت أنَّ القول قوله، وقال أكثرهم: مع يمينه...)، وعند المالكيَّة: لا يمين عليه إلَّا أن يُتَّهم.

لكن إن ادَّعى التَّلفَ بظاهِرٍ؛ كُلِّف به ببيِّنةٍ، ثم قُبِل قولُهُ في التَّلفِ[١].

وإن أخَّر ردَّها بعدَ طلبِها بلا عُذرٍ؛ ضَمِن[٢]، ....

والمتَّهم عند المالكيَّة: هو من يشار إليه بالتَّساهل في حفظ الوديعة، وقيل: هو من ليس من أهل الصَّلاح؛ لأنَّ غير المتَّهم مصدَّقٌ فيما يقول؛ لكونه أمينًا.

(١) أي: وإن ادَّعى التَّلف للوديعة بسببٍ ظاهرٍ كحريقٍ، ونهب جيشٍ ونحوه، كلِّف به ببيِّنةٍ تشهد بوجود السَّبب؛ لأنَّه لا تتعذَّر إقامة البيِّنة عليه، قال ابن القيِّم في إعلام الموقِّعين ٤/ ٨: (المودع والمستأجر إذا ادَّعيا الهلاك في الحريق، أو الهدم، أو في نهب العيَّارين ونحوهم لم يقبل إلَّا إذا تحقَّق وجود هذه الأسباب).

وقال أيضًا: (إذا لم يكذِّبه شاهد الحال، وهكذا سائر من قلنا يقبل قوله، فإنَّ الأصل قبول قول الأمناء إلَّا حيث يكذِّبهم الظَّاهر)، وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة؛ لما تقدَّم من التَّعليل.

وعند الحنفيَّة، والمالكيَّة، وابن حزمٍ: يقبل قوله مطلقًا؛ لأنَّ الأصل براءة ذمَّته.

(٢) لأنَّه فعل محرَّمًا بإمساكه ملك غيره بلا إذنه أشبه الغاصب، وبعذرٍ، لا يضمن باتِّفاق الأئمَّة؛ كالخوف في الطَّريق، والعجز عن الحمل، وعن الوصول إليها؛ لسيلٍ أو نارٍ، ونحو ذلك.

وفي الإفصاح ٢/ ٢٣: (واتَّفقوا على أنَّه متى طلبها صاحبها وجب على المودَع ألَّا يمنعها مع الإمكان، فإن لم يفعل فهو ضامنٌ).

وفي الإنصاف: (الرَّابعة: لو أمره بالرَّدِّ إلى وكيله فتمكَّن وأبى ضمن، والصَّحيح من المذهب، ولو لم يطلبها وكيله.

وقيل: لا يضمنُ إلَّا إذا طلبها وكيلُه وأبى الرَّدَّ.

الخامسة: لو أخَّرَ دفع مالٍ أُمِرَ بدفعه بلا عذرٍ، ضمن، كما تقدَّم نظيره في الوديعة. وهذا الصَّحيح من المذهب، وعليه جماهير الأصحاب.

وقيل: لا يضمنُ، واختاره أبو المعالي).

ويُمهَلُ لأكلٍ ونومٍ وهضمِ طعامٍ بقدْرِهِ(١).

وإنْ أمَرَه بالدَّفعِ إلى وكيلِهِ، فتَمَكَّنَ وأبَى؛ ضَمِنَ(٢)، ولو لم يَطلُبْها وَكيلُهُ(٣).

(فَإِنْ قَالَ: لَمْ تُودِعْنِي، ثُمَّ ثَبَتَتِ) الوديعةُ (بِبَيِّنَةٍ أَوْ إِقْرَارٍ، ثُمَّ ادَّعَى رَدًّا أَوْ تَلَفًا سَابِقَيْنِ لِجُحُودِهِ؛ لَمْ يُقْبَلَا(٤) ....

(١) وكطهارةٍ، وصلاةٍ فلا يضمنها إن تلف زمن عذره؛ لعدم عدوانه، ويجوز التَّأخير عادةً بشرط سلامة العاقبة.

(٢) لعدوانه.

فرعٌ: ردَّ الوديعة إلى عيال المالك:

في أحد القولين في مذهب الحنفيَّة، وصحَّحه الحارثيُّ من الحنابلة: يجب الرَّدُّ إلى المالك فقط، فإن ردَّ الوديعة إلى أهله ضمن؛ لأنَّ المالك ما رضي بدفعها إلى داره، ولا إلى من في عياله.

وعند الحنابلة: إذا ردَّ على عيال المالك لم يضمن؛ لأنَّ دفع الوديعة إلى من جرت العادة أن يحفظ مال الرَّجل كدفعه إليه.

وعند المالكيَّة: أنَّ الوديع لا يدفع الوديعة إلَّا إلى ربِّها، أو وكيله، أو رسوله، فإن دفع الوديعة إلى غير من ائتمنه على حفظها من وكيلٍ أو رسولٍ وجب عليه الإشهاد، وإلَّا ضمن.

(٣) لأنَّه أمسك مال غيره بغير إذنه.

وفي الاختيارات ص ١٦٨: (لو قال المودَع: أودعنيها الميِّت، وقال هي لفلانٍ، وقال ورثته: بل هي له، ولم تقم بيِّنةٌ على أنَّها كانت للميِّت ولا على الإيداع، قال أبو العبَّاس: أفتيت أنَّ القول قول المودَع مع يمينه؛ لأنَّه قد ثبت له اليد).

(٤) أي: الرَّدُّ أو التَّلف؛ لأنَّه صار ضامنًا بجحوده معترفًا على نفسه بالكذب

وَلَوْ بِبَيِّنَةٍ)(١)؛ لأنَّه مكذِّبٌ للبيِّنةِ، وإن شَهِدت بأحدِهما ولم تُعيِّن وَقتًا؛ لم تُسمَعْ(٢).

(بَلْ) يُقبَلُ قولُهُ بيمينِهِ في الردِّ والتلفِ (فِي) ما إذا أجاب بـ (قَوْلِهِ: مَا لَكَ عِنْدِي شَيْءٌ، وَنَحْوِهِ)(٣)، كما لو أجاب بقولِهِ: لا حقَّ لك قِبَلِي، أو: لا تَستحِقُّ عليَّ شيئًا(٤) ....

المنافي للأمانة.

(١) وهذا هو المذهب؛ لما علَّل به المؤلِّف، لا يقبل منه؛ وعليه الضَّمان، إلَّا أن يصدِّقه المالك بذلك، وهذا مذهب الحنفيَّة.

وقال الشَّافعيَّة: يصدَّق في دعوى التَّلف، لكنَّه كالغاصب، فيضمن.

وعند المالكيَّة: تسمع بيِّنته، ولا ضمان عليه؛ لأنَّ الهلاك لـمَّا ثبت بالبيِّنة فقد ظهر انتهاء العقد قبل الجحود، فلا يرتفع بالجحود.

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٥/ ٥٥: (ويحتمل أن تقبل ببيِّنةٍ، قال الحارثيُّ: وهو المنصوص من رواية أبي طالبٍ، وهو الحقُّ، وقال: هذا المذهب عندي).

(٢) أي: وإن شهدت البيِّنة بالرَّدِّ أو التَّلف بعد جحود الإيداع، ولم تعيِّن البيِّنة الرَّدَّ أو التَّلف قبل الجحود أو بعده، واحتمل الأمرين لم تسمع البيِّنة؛ لأنَّ وجوب الضَّمان متحقِّقٌ، فلا ينتفي بأمرٍ متردَّدٍ فيه. [انظر: كشَّاف القناع ٤/ ١٨١].

(٣) ثمَّ ثبت ببيِّنةٍ أو إقرارٍ؛ لأنَّ دعواه الرَّدَّ أو التَّلف لا ينافي جوابه في قوله: ما لَكَ عندي شيءٌ؛ لجواز أن يكون أودعه، ثمَّ تلفت بغير تفريطٍ، أو ردَّها فلا يكون له عنده شيءٌ. [انظر: المصدر السَّابق].

(٤) إذا ادَّعى المودَع ردَّ الوديعة إلى مالكها، وأنكر المالك الرَّدَّ، فقد اختلف في ذلك على قولين: فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ أنَّ القول قول المودَع بيمينه؛ لأنَّه أمينٌ لا منفعة له في قبض العين، فقبل قوله في الرَّدِّ؛ ولأنَّ

. . .[١]، (أَوِ) ادَّعى الردَّ أو التلفَ (بَعْدَهُ)، أي: بعدَ جُحودِهِ (بِهَا)، أي: بالبيِّنةِ[٢]؛ لأنَّ قولَهُ لا يُنافي ما شَهِدت به البينةُ ولا يُكذِّبُها[٣].

(وَإِنْ) مات المودَعُ و(ادَّعَى وَارِثُهُ الرَّدَّ مِنْهُ) أي: مِن وارِثِ المودَعِ لربِّها، (أَوْ مِنْ مَوْرُوثِهِ)، وهو المودَعُ؛ (لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ)[٤]؛ لأنَّ صاحِبَها لم يَأتمنْه عليها، بخلافِ المودَعِ[٥].

(وَإِنْ طَلَبَ أَحَدُ المُودِعَيْنِ نَصِيبَهُ[٦] مِنْ مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ يَنْقَسِمُ)[٧]

المودِع لـمَّا أقامه مقام نفسه وجب أن يكون قوله مقبولًا كقوله على نفسه.

وعند المالكيَّة: إن قبضها المودَع ببيِّنةٍ فالقول قول المودِع، وإن قبضها بغير بيِّنةٍ فالقول قوله؛ لأنَّ المالك إذا لم يشهد فقد رضي أمانته فقبل قوله، وإن أشهد لم يرض أمانته فلم يقبل قوله. [انظر: المبسوط ٢٨/ ٣٠، الكافي لابن عبد البرِّ ص ٤٠٢، الذَّخيرة ٩/ ١٤٥، الحاوي ١٠/ ٤٠٦، الفروع ٤/ ٢٣٠، المبدع ٥/ ٢٤٣]، وفي الإفصاح ٢/ ٢٣: (واتَّفقوا على أنَّه. . .، لو قال: ما تستحقُّ عندي شيئًا، ثمَّ قال: ضاعت، كان القول قوله).

(١) يعني ثمَّ ثبتت ببيِّنةٍ أو إقرارٍ، ثمَّ ادَّعى الرَّدَّ أو التَّلف بعد؛ قبل قوله بيمينه.

(٢) يعني فيقبل قوله بالبيِّنة إذا شهدت له بالرَّدِّ أو التَّلف.

(٣) لأنَّ قوله: «لم تُودِعْني» لا ينافي ما شهدت به البيِّنة من الرَّدِّ أو التَّلف، ولا يكذِّبها فقبلت، فإنَّ من تلفت الوديعة من حرزه بغير تفريطه لا شيء لمالكها عنده، ولا يستحقُّ عليه شيئًا.

(٤) وإن تلفت عند الوارث قبل إمكان ردِّها؛ لم يضمن.

(٥) فإنَّه ائتمنه عليها، فقبل قوله بلا بيِّنةٍ.

(٦) وذلك إمَّا لغيبة شريكه، أو مع حضوره وامتناعه من أخذ نصيبه، ومن الإذن لشريكه في أخذ نصيبه. [انظر: كشَّاف القناع ٤/ ١٨٤].

(٧) وهذا هو المذهب؛ لما علَّل به المؤلِّف؛ فيسلِّم إلى الطَّالب نصيبه وجوبًا.

بلا ضررٍ؛ (أَخَذَهُ)، أي: أَخَذ نصيبَهُ فيُسلَّمُ إليه؛ لأنَّ قِسمتَهُ ممكِنَةٌ بغيرِ ضررٍ ولا غبنٍ.

(وَلِلمُسْتَوْدَعِ، وَالمُضَارَبِ، وَالمُرْتَهِنِ، وَالمُسْتَأْجِرِ) إذا غُصِبت العينُ منهم(١)؛ (مُطَالَبَةُ غَاصِبِ العَيْنِ)؛ لأنَّهم مأمورون بحفظِها وذلك منه(٢).

وإن صادَرَه سلطانٌ، أو أَخَذها منه قَهرًا؛ لم يَضمَنْ، قاله أبو الخطابِ(٣).

واختار القاضي والنَّاظم: لا يلزمه الدَّفع إلَّا بإذن شريكه أو الحاكم.

وكذا الحكم لو كان الشَّريك حاضرًا، وامتنع من المطالبة بنصيبه، والإذن في التَّسليم إلى صاحبه. [انظر: الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٥/٦٨].

وعلم ممَّا تقدَّم أنَّ ذلك لا يجوز من غير المثليِّ إلَّا بإذن شريكٍ أو حاكمٍ؛ لأنَّ قسمته لا يؤمن فيها الحيف.

(١) وكذا مستعيرٌ، ومجاعلٌ على عملها، وهذا هو المذهب.

والوجه الثَّاني: ليس له المطالبة في الوديعة؛ لأنَّه لم يؤمر به، ولا ضمان على المودَع.

(٢) في الإفصاح ٢/٢٧: (واختلفوا في الوديعة إذا سرقت، فهل للمودَع أن يخاصم سارقها من غير توكيلٍ من المالك؟ فقال مالكٌ والشَّافعيُّ وأحمد: ليس له أن يخاصم إلَّا أن يوكِّله المالك، وقال أبو حنيفة: له ذلك بغير توكيلٍ).

(٣) فرعٌ: إذا غاب ربُّ الوديعة، فلا يعلم أحيٌّ هو أم ميِّتٌ:

عند الحنابلة: مخيَّرٌ بين أن يتصدَّق بها بدون إذن الحاكم بشرط ضمانها له، وبين أن يدفعها إلى الحاكم، ويلزم الحاكم قبول الودائع، والغصوب، ودين الغائب، والمال الضَّائع؛ لأنَّ هذا المال سقط وجوب ردِّه إلى صاحبه أو إلى ورثته لتعذُّر الوصول إليهم، وقد قال الله تعالى: ﴿فَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ مَا ٱسْتَطَعْتُمْ﴾.

وعند الحنفيَّة: يمسكها حتَّى يعلم بموته.

. . . .

لأنَّ الوديع قد التزم بحفظها لصاحبها، فعليه الوفاء بما التزم.

وعند المالكيَّة: إذا طال زمن غيابه، أو أيس منه، ولا وارث له تصدَّق بها عنه.

وعند الشَّافعيَّة: الودائع المجهولة أمرها لبيت المال يتصرَّف فيها الحاكم إلَّا أن يكون جائرًا فأمرها لمن هي في يده، وهذا مذهب الشَّافعيَّة.

فرعٌ: جاء في مرشد الحيران ٨٣٦: (إذا مات صاحب الوديعة تردُّ وديعته إلى ورثته ما لم تكن التَّركة مستغرَقةً بالدَّين...).

وجاء في مجلَّة الأحكام الشَّرعيَّة الحنبليَّة ١٣٦٦: (إذا بطل عقد الإيداع بموت الوديع، فالوديعة أمانةٌ محضةٌ في يد الورثة...).

فرعٌ: يشترط في العقود أهليَّة التَّصرُّف، فإذا فقدت الأهليَّة فقد انتهى عقد الإيداع، فإذا جُنَّ المالك بعد عقد الإيداع بطل عقده؛ لأنَّه لم يعد وليَّ نفسه، بل يلي ماله غيره من وليٍّ أو وصيٍّ.

وإذا جُنَّ الوديع لم يعد أهلًا للحفظ، وهذا مذهب الحنفيَّة، والشَّافعيَّة والحنابلة.

في الإنصاف مع الشَّرح ١٦/ ٦٩: (فوائد:...، الثَّانية: لو أُكره على دفع الوديعة لغير ربِّها، لم يضمن، قاله الأصحاب.

وفي «الفتاوى الرَّجَبيَّات»، عن أبي الخطَّاب، وابن عقيلٍ: الضَّمانُ مُطلقًا؛ لأنَّه افتدى به ضرره، وإن صادره السُّلطان، لم يضمن، على الصَّحيح من المذهب.

وقال أبو الوفاء: يضمن إن فرَّط، وعند أبي الوفاء: إن ظنَّ أخذها منه بإقراره، كان دالًّا، ويضمن).

فرعٌ: جاء في مرشد الحيران ٨٣٢: (إذا حصل تهديدٌ أو وعيدٌ للمستودَع على دفع الوديعة، فإن خاف تلف نفسه، أو عضوٍ من أعضائه، أو ضياع ماله كلِّه فدفع

(بَابُ إِحْيَاءِ المَوَاتِ)(١)

بفتحِ الميمِ والواوِ، (وَهِيَ) مُشتقةٌ مِن الموتِ، وهو عدمُ الحياةِ(٢).
واصطلاحًا: (الأَرْضُ المُنْفَكَّةُ عَنِ الاخْتِصَاصَاتِ(٣) وَمِلْكِ مَعْصُومٍ)(٤)،

لا ضمان عليه، وإن فرَّط في الوديعة بدون عذرٍ من هذه الأعذار فعليه ضمانها).

وعند الشَّافعيَّة: للمالك الخيار إن شاء ضمَّن الوديع، وإن شاء ضمَّن الظَّالم، فإن ضمَّن الوديع رجع الوديع على الظَّالم.

وقال ابن قدامة ٦/ ٣٠٦: (وليس على المستودَع مؤنة الرَّدِّ وحملها إلى ربِّها إذا كانت ممَّا لحمله مؤنةٌ، قلَّت المؤنة أو كثرت، لأنَّه قبض العين لمنفعة مالكها على الخصوص، فلم تلزمه الغرامة عليها، كما لو وكَّله في حفظها في ملك صاحبها، وإنَّما عليه التَّمكين من أخذها)

(١) الأصل فيه: السُّنَّة كما في حديث جابرٍ الآتي.

واتَّفق الأئمَّة عليه، ففي الإفصاح ٢/ ٤٩: (واتَّفقوا على جواز إحياء الأرض الميتة العادية).

(٢) في المصباح ٢/ ٥٨٤: (ماتت الأرض مَوَتانًا بفتحتين، ومَواتًا بالفتح: خلت من العمارة والسُّكان، فهي مَواتٌ، تسميةً بالمصدر، وقيل: الموات: الأرض الَّتي لا مالك لها، ولا ينتفع بها أحدٌ) اهـ.[وانظر: تاج العروس ١/ ٥٨٧].

(٣) كالطُّرق والأفنية، ومسايل المياه، ونحو ذلك.

(٤) من مسلمٍ وكافرٍ، فشمل الذِّمِّيَّ والمعاهد، والمستأمن دون الحربيِّ.

ومن تعريفات الحنفيَّة للمَوات: ما ليس بملكٍ لأحدٍ، ولا هي من مرافق البلد، بل خارجةٌ عنه، سواءٌ قربت أم بعدت.

ومن تعريفات المالكيَّة: ما سلم عن الاختصاص بعمارةٍ ولو اندرست.

ومن تعريفات الشَّافعيَّة: ما لم يكن عامرًا، ولا حريمًا بما قرب من العامر

بخلافِ الطرقِ، والأفنيةِ[(١)]، ومسيلِ المياهِ، والمُحتَطَباتِ ونحوِها[(٢)]، وما جَرى عليه مِلكُ مَعصومٍ بشراءٍ أو عطيَّةٍ أو غيرِهما، فلا يُملَكُ شيءٌ مِن ذلك بالإحياءِ[(٣)].

(فَمَنْ أَحْيَاهَا)، أي: الأرضَ المواتَ؛ (مَلَكَهَا)[(٤)(٥)]؛ ....

أم بعد. [انظر: الدُّرَّ المختار ٦/ ٤٣٢، مختصر خليل مع جواهر الإكليل ٢/ ٢٠٢، مغني المحتاج ٢/ ٣٦١].

(١) في المصباح ٢/ ٤٨٢: (الفِناء مثل كتابٍ، وهو سَعةٌ أمام البيت، وقيل: ما امتدَّ من جوانبه).

(٢) كمدفن موتاه، ومطرح ترابه، وحريم البئر والعين، وكالبقاع المرصدة لصلاة العيدين والجنائز.

(٣) في المغني ٨/ ١٤٧: (قال ابن عبد البرِّ: أجمع العلماء أنَّ ما عرف بملك مالكٍ غير منقطعٍ أنَّه لا يجوز إحياؤه لأحدٍ غير أربابه).

فرعٌ: لو كانت الأرض عامرةً فصارت بالخراب مَواتًا: فالمذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: أنَّه لا يُملك بالإحياء، سواءٌ عرف أربابه أم لم يُعرفوا.

وعند أبي حنيفة: إن عرف أربابه لم يملك بالإحياء، وإن لم يعرفوا مُلِك.

وقال مالكٌ: يملكه من أحياه عُرِف أربابه أم لم يُعرَفوا. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٤) باتِّفاق الأئمَّة. [انظر: الإفصاح ٢/ ٤٩].

(٥) ومن تعريفات الحنفيَّة لإحياء الموات: (أنَّه التَّسبُّب للحياة النَّامية ببناءٍ، أو غرسٍ أو كربٍ- أي: حراثةٍ - أو سقيٍ).

ومن تعريفات الشَّافعيَّة: (أنَّه عمارة الأرض الخربة الَّتي لا مالك لها، ولا ينتفع بها أحدٌ). [انظر: حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٧٧، مواهب الجليل ٦/ ٢، حاشية البجيرميِّ على الخطيب ٣/ ١٩٢].

لحديثِ جابرٍ يرفعُهُ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ» رواه أحمدُ، والترمذي وصحَّحه[(١)]، وعن عائشةَ مثلُهُ، رواه مالكٌ وأبو داودَ[(٢)]، وقال ابنُ عبدِ البرِّ: (هو مسندٌ صحيحٌ، مُتلقًّى بالقبولِ، عندَ فقهاءِ المدينةِ وغيرِهِم)[(٣)].

(مِنْ مُسْلِمٍ وَكَافِرٍ)[(٤)] ذِمي، مُكلفٍ وغيرِهِ؛ لعمومِ ما تقدَّم، لكن على الذمِّي خَرَاجُ ما أحيا مِن مَواتِ عَنوةٍ، (بِإِذْنِ الإِمَامِ) في الإحياءِ ....

وحكمه التَّكليفيُّ: الجواز باتِّفاق الأئمَّة؛ لما استدلَّ به المؤلِّف.

والحكمة من جوازه: أنَّه سببٌ لزيادة الأقوات والخصب للأحياء.

(١) رواه أحمد (١٤٢٧١)، والترمذي (١٣٧٩) من طريق هشام بن عروة، عن وهب بن كيسان، عن جابر بن عبد الله ﵄ مرفوعًا، وتقدم تخريجه.

(٢) رواه مالك (٢٧٥٠) عن هشام بن عروة، عن أبيه مرسلًا: «من أحيا أرضًا ميتة فهي له، وليس لِعِرْقٍ ظالم حق»، وتقدم تخريجه.

ولم نقف عليه عند أبي داود، وإنما رواه أبو داود الطيالسي (١٥٤٣) من طريق زمعة، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة ﵂ مرفوعًا: «فمن أحيا من موات الأرض شيئًا فهو له، وليس لعرق ظالم حق»، وتقدم تخريجه.

(٣) التمهيد (٢٢/ ٢٨٣).

(٤) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما استدلَّ به المؤلِّف.

وذهب بعض الحنفيَّة كأبي القاسم البلخيِّ: أنَّه يثبت ملك الاستغلال لا ملك الرَّقبة، قياسًا على السَّبق للانتفاع بالمرافق العامَّة كالمجالس، ونحوها، وهو مردودٌ بالنَّصِّ.

وذهب الإمام مالكٌ، وبه قال بعض الحنابلة إلى: أنَّ الذِّمِّيَّ لا يملك بالإحياء في دار الإسلام؛ لما روى طاووسٌ مرفوعًا: «عادِيُّ الأرض لله ولرسوله، ثمَّ هي لكم بعدُ»، رواه أبو عبيدٍ والبيهقيُّ، لكنَّه لا يثبت.

ولأنَّ مَوَتان الأرض من حقوقها، والدَّار للمسلمين، فكان مَواتها لهم

(وَعَدَمِهِ)(١)؛ لعمومِ الحديثِ، ولأنَّها عينٌ مباحةٌ، فلا يَفتقِرُ ملكُها إلى إذنٍ، (فِي دَارِ الإِسْلَامِ وَغَيْرِهَا)، فجميعُ البلادِ سواءٌ في ذلك.

كمرافق المملوك.

ونوقش: بأنَّه يملك المباحات من الحشيش والحطب والصَّيد، والمعدن، واللُّقطة، فكذا الموات. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) المحيي لا يخلو من أمرين: الأوَّل: أن يكون مسلمًا، فالمذهب، وبه قال أبو يوسف ومحمَّدٌ من الحنفيَّة، وهو مذهب الشَّافعيَّة: أنَّه لا يشترط إذن الإمام؛ لما استدلَّ به المؤلِّف؛ ولأنَّ هذه عينٌ مباحةٌ، فلا يفتقر ملكها إلى إذن الإمام كأخذ الحشيش، والحطب.

وعند أبي حنيفة: يشترط إذن الإمام؛ لحديث معاذٍ مرفوعًا: «ليس للمرء إلَّا ما طابت به نفس إمامه»، أخرجه الطَّبرانيُّ في الكبير، والبيهقيُّ في المعرفة، وقال: (هذا إسنادٌ لا يحتجُّ به). [انظر: الدِّراية ٢/ ١٢٨، ٢٤٤].

والخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمَّد: إذا ترك الاستئذان جهلًا، أمَّا إن تركه عمدًا متهاونًا بالإمام كان له أن يستردَّ الأرض زجرًا له.

وعند المالكيَّة: يشترط إذن الإمام في القريب من العمران قولًا واحدًا، ولهم في البعيد قولان.

والمفهوم من كلامهم: أنَّ العبرة بما يحتاجه النَّاس، فما احتاجوه لا بدَّ فيه من الإذن، وما لا فلا. [انظر: تبيين الحقائق ٦/ ٣٥، وشرح الدُّرِّ المختار ٥/ ٢٨٧، مواهب الجليل ٦/ ١١، الإقناع للخطيب ٣/ ١٩٥، كشَّاف القناع ٤٤/ ١٥٨، مطالب أُولي النُّهى ٤/ ١٨٠].

الأمر الثَّاني: أن يكون ذمِّيًّا، فالمذهب: أنَّه لا يشترط إذن الإمام، ولو كان في بلاد المسلمين للعمومات.

وعن الحنفيَّة: يشترط إذن الإمام كما في شرح الدُّرِّ المختار.

(وَالعَنْوَةُ)(١)؛ كأرضِ مِصرَ والشامِ والعراقِ (كَغَيْرِهَا) مما أسلم أهلُهُ عليه(٢)، أو صُولحُوا عليه(٣)، إلَّا ما أحياه مسلمٌ مِن أرضِ كفارٍ صُولحُوا على أنَّها لهم ولنا الخَراجُ(٤).

(وَيُمْلَكُ بِالإِحْيَاءِ مَا قَرُبَ مِنْ عَامِرٍ إِنْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِمَصْلَحَتِهِ)(٥)؛ لعمومِ ما تقدَّم(٦)، وانتفاءِ المانعِ(٧)، فإن تعلَّق بمصالحِهِ؛ كمقبرته(٨) ومُلقى كُناستِهِ ونحوِه(٩)؛ لم يُمْلَكْ.

وعند المالكيَّة: الذِّمِّيُّ كالمسلم فيما تقدَّم، إلَّا في الإحياء في جزيرة العرب فلا بدَّ فيه من الإذن عند مُطرِّفٍ وابن الماجشون.

وعند الشَّافعيَّة: لا يجوز إحياء الذِّمِّيِّ في بلاد الإسلام مطلقًا. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) أي: غلبةً وقهرًا. [انظر: المطلع ص ١٣٢].

(٢) يملك بالإحياء، ولا خراج عليه إلَّا أن يكون المحيي ذمِّيًّا كغير الموات.

(٣) أي: أنَّ الأرض للمسلمين كأرض خيبر، فيملك بالإحياء كغيره.

(٤) لأنَّهم صولحوا في بلادهم، فلا يجوز التَّعرُّض لشيءٍ منها؛ لأنَّ الموات تابعٌ للبلد. [انظر: الشَّرح الكبير لابن قدامة ٣/ ٣٧٤].

(٥) في المغني ٨/ ١٤٩: (كلُّ ما تعلَّق بمصالح العامر من طرقه، ومسيل مائه، ومطرح قمامته، وملقى ترابه وآلاته، لا يجوز بغير خلافٍ في المذهب، وكذا ما تعلَّق بمصالح القرية كفنائها، ومرعى ماشيتها، ومحتطبها، وطرقها، ومسيل مائها لا يملك بالإحياء، لا نعلم فيه خلافًا بين أهل العلم).

(٦) لحديث جابرٍ السَّابق.

(٧) وهو التَّعلُّق بمصالح العامر فجاز إحياؤه كالبعيد.

(٨) وهي مدفن الموتى، أو المرصدة لدفن الموتى ولو قبل الدَّفن.

(٩) كملقى ترابه، بلا خلافٍ كما تقدَّم قريبًا عن المغني.

وكذا مَواتُ الحَرَمِ وعَرفاتٍ لا يُملَكُ بإحياءٍ(١).

وإذا وَقَع في الطريقِ وقتَ الإحياءِ نزاعٌ؛ فلها سَبعةُ أذرعٍ، ولا تُغيَّرُ بعدَ وَضْعِها(٢).

---

(١) إحياء أراضي حرم مكَّة ينقسم إلى قسمين:

الأوَّل: إحياء أراضي المشاعر كمنًى، ومزدلفة، وعرفاتٍ: فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم التَّحريم؛ لحديث عائشة ﵂ أنَّها قالت: يا رسول الله «ألا نبني لك بمنًى بيتًا، أو بناءً يُظِلُّك من الشَّمس، فقال: **لا، إنَّما هو مُناخ من سبق إليه**»، **رواه أحمد، وأبو داود، والتِّرمذيُّ وصحَّحه، وابن ماجه.**

ولحديث عائشة ﵂ مرفوعًا: «من أعمر أرضًا ليست لأحدٍ فهو أحقُّ بها»، رواه البخاريُّ، وأراضي المشاعر قد تعلَّق بها حقُّ جميع المسلمين.

وفي قولٍ للشَّافعيَّة والحنابلة: الجواز؛ لعموم أحاديث الإحياء.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنَّ أراضي المشاعر لا يسلَّم أنَّها مواتٌ، بل ملكٌ لجميع المسلمين.

الثَّاني: حكم إحياء أراضي الحرم غير المشاعر: فالمذهب التَّحريم؛ لقول الله تعالى: ﴿وَٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ٱلَّذِى جَعَلْنَٰهُ لِلنَّاسِ سَوَآءً ٱلْعَٰكِفُ فِيهِ وَٱلْبَادِ﴾.

وعند المرداويِّ من الحنابلة: جواز إحياء ما لا يحتاج إليه الحاجُّ البتَّة إن وجد.

وعند الحنفيَّة، والمالكيَّة، والشَّافعيَّة: الجواز؛ لعموم أحاديث الإحياء.

[انظر: المبسوط ٢٣/ ١٦٦، بدائع الصَّنائع ٦/ ١٩٤، الشَّرح الكبير للدَّردير ٤/ ٦٧، المنتقى ٦/ ٢٧، مغني المحتاج ٢/ ٣٦٤، الفروع ٤/ ٥٥٦، الإنصاف ٦/ ٣٦٠].

(٢) لحديث أبي هريرة مرفوعًا: «إذا اختلفتم في الطَّريق فاجعلوه سبعة أذرعٍ»، متَّفقٌ عليه.

ولا يُملَكُ مَعدِنٌ ظاهرٌ؛ كملحٍ وكُحلٍ وجِصٍّ بإحياءٍ(١)، وليس للإمامِ إقطاعُهُ.

---

(١) المعدن ينقسم إلى قسمين:

الأوَّل: الظَّاهر، وهي الَّتي يتوصَّل إليها بعملٍ يسيرٍ كالنِّفط، والكبريت، والقار، والكحل ونحو ذلك، فالمذهب، ومذهب الحنفيَّة: أنَّها لا تملك بالإحياء، ولا يجوز إقطاعها لأحدٍ؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ «أقطع أبيض بن حمَّالٍ معدن الملح، فلمَّا قيل له إنَّه بمنزلة الماء العِدِّ ردَّه»، رواه أبو داود، والتِّرمذيُّ والنَّسائيُّ وابن ماجه وابن حبَّان وصحَّحه، وضعَّفه ابن القطَّان. [انظر: التَّلخيص ٣/ ٦٤].

ولأنَّ في ذلك ضررًا على المسلمين وتضييقًا عليهم، إذ هي كالماء الَّذي لا يجوز إقطاعه.

وعند المالكيَّة: أنَّها إلى الإمام يعطيها لمن شاء من المسلمين.

وعند الشَّافعيَّة: يملكها المحيي بشرط عدم علمه بوجودها قبل الإحياء؛ لأنَّها من أجزاء الأرض، وقد ملكها بالإحياء فيملك المعادن تبعًا.

الثَّاني: الباطنة، وهي الَّتي لا تخرج إلَّا بعملٍ ومؤنةٍ كالذَّهب والفضَّة، والحديد والنُّحاس والرَّصاص، فالمذهب، ومذهب الحنفيَّة، ومذهب الشَّافعيَّة: أنَّها ملكٌ لمن استخرجها؛ لأنَّها مستخرجةٌ من مواتٍ لا ينتفع به إلَّا بالعمل والمؤنة، فيملك بالإحياء.

وفي وجهٍ عند الحنابلة: أنَّها لا تملك بالإحياء؛ لأنَّ الإحياء الَّذي يملك به هو العمارة الَّتي يُهيَّأ بها المُحْيَا للانتفاع من غير تكرار عملٍ، وإخراج المعادن حفرٌ وتخريبٌ يحتاج إلى تكرارٍ عند كلِّ انتفاعٍ.

وعند المالكيَّة: المعادن الباطنة كالظَّاهرة أمرها إلى الإمام. [انظر: حاشية ابن عابدين ٥/ ٣٨٣٨، حاشية الدُّسوقيِّ ١/ ٤٨٦، البجيرميِّ على الخطيب ٣/ ١٩٩].

وما نَضَبَ عنه الماءُ مِن الجزائِرِ لم يُحْيَ بالبناءِ؛ لأنَّه يَردُّ الماءَ إلى الجانِبِ الآخَرِ، فيَضرُّ بأهلِهِ[(١)]، ويُنتفَعُ به بنحوِ زرعٍ[(٢)].

(وَمَنْ أَحَاطَ مَوَاتًا)؛ بأن أدار حولَهُ حائِطًا مَنيعًا بما جَرَت العادةُ[(٣)] به؛

---

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وفي ظاهر الرِّواية عند الحنفيَّة، وبه قال سحنون ومطرِّفٌ وأصبغ: أنَّه يملك بالإحياء؛ لأنَّ الموات اسمٌ لما لا ينتفع به، فإذا لم يكن ملكًا لأحدٍ، ولاحقًّا خاصًّا له، لم يكن منتفعًا به فكان مواتًا.

وفي روايةٍ لأبي حنيفة: أنَّه إذا كان الماء قريبًا لا يكون مواتًا؛ لأنَّ ما يكون قريبًا من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه.

وعند محمَّد بن الحسن: تعتبر حقيقة الانتفاع حتَّى لا يجوز إحياء ما ينتفع به أهل القرية وإن كان بعيدًا، ويجوز إحياء ما لا ينتفعون به وإن كان قريبًا من العامر.

والقول الآخر عند المالكيَّة: أنَّ باطن النَّهر إذا يبس يكون ملكًا لصاحبي الأرض الَّتي بجنب النَّهر لكلِّ واحدٍ منهما ما يجاور أرضه مناصفةً، وكذلك إذا مال النَّهر عن مجراه إلى الأرض المجاورة له. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٥/ ٣٨٦، حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٧٨، التَّاج والإكليل ٦/ ٢، الرَّهونيَّ على الزُّرقانيِّ ٧/ ٩٨، البجيرميَّ على الخطيب ٣/ ١٩٥].

(٢) وبه قال الشَّافعيَّة.

يعني إذا لم يكن مملوكًا فله إحياؤه كمواتٍ، والانتفاع به بنحو زرعٍ مع عدم الضَّرر، وإن غلب الماء على ملك إنسانٍ، ثمَّ نضب عنه فله أخذه، ولا يزول ملكه بغلبة الماء عليه.

(٣) أي: عادة أهل البلد البناء به، من لَبِنٍ، أو آجُرٍّ، أو حجرٍ، ونحوه.

فقد أحياه[1]، ....

(١) وهذا هو المذهب؛ وعن الإمام أحمد: إحياء الأرض ما عدَّ عرفًا إحياءً لأنَّ الشَّرع ورد بتعليق الملك على الإحياء ولم يبيِّنه، فيجب الرُّجوع فيه إلى ما كان إحياءً في العرف.

وعند الحنفيَّة: يكون الإحياء بالبناء على الأرض الموات، أو الغرس، أو كَرْبها -حرثها- أو سقيها.

وعند مالكٍ: إحياء الأرض أن يحفر فيها بئرًا، أو يجري عينًا، أو يغرس شجرًا، أو يبني، أو يحرث، ما فعل من ذلك فهو إحياءٌ.

قال عياضٌ: اتُّفق على أحد سبعة أمورٍ: تفجير الماء، وإخراجه عن غامرها به، والبناء، والغرس، والحرث، ومثله تحريك الأرض بالحفر، وقطع شجرها، وسابعها كسر حجرها، وتسوية حفرها، وتعديل أرضها.

وعند الشَّافعيَّة: أنَّ الإحياء يختلف بحسب المقصود منه، فإن أراد مسكنًا اشترط لحصوله تحويط البقعة بآجُرٍّ أو لَبِنٍ، أو محض الطِّين، أو ألواح الخشب والقصب بحسب العادة، وسقف بعضها لِتُهَيَّأَ للسُّكنى، ونصب بابٍ؛ لأنَّه المعتاد، وقيل: لا يشترط.

وإن كان المقصود زريبة للدَّوابِّ فيشترط التَّحويط، ولا يكفي نصب سعفٍ أو أحجارٍ من غير بناءٍ، ولا يشترط السَّقف، والخلاف في الباب كالخلاف فيه بالنِّسبة للسُّكنى.

والإحياء في المزرعة يكون بجمع التُّراب حولها، وفي معنى التُّراب قصبٌ وحجر وشوك، ولا حاجة إلى تحويطٍ... ولا يشترط الزِّراعة بالفعل على أحد القولين؛ لأنَّها استيفاء منفعةٍ وهو خارجٌ عن الإحياء.

والقول الثَّاني: لا بدَّ منها؛ لأنَّ الدَّار لا تصير مُحياةً إلَّا إذا حصل فيها عين مال المحيي، وكذا الأرض. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٥/ ٣٨٦، التَّاج والإكليل ٦/ ١٢، حاشية الدُّسوقيِّ ٤٠/ ٦٩، والقليوبيِّ وعميرة ٣/ ٩٠، المغني ٨/ ١٧٦].

سواءٌ أرادَها للبناءِ أو غيرِه[(١)(٢)]؛ لقولِه ﷺ: «**مَنْ أَحَاطَ حَائِطًا عَلَى أَرْضٍ فَهِيَ لَهُ**» رواه أحمدُ وأبو داودَ عن جابرٍ[(٣)]، (**أَوْ حَفَرَ بِئْرًا فَوَصَلَ إِلَى المَاءِ**)؛ فقد أحياه[(٤)]، (**أَوْ أَجْرَاهُ**)، أي: الماءَ (**إِلَيْهِ**)، أي: المواتِ، (**مِنْ عَيْنٍ وَنَحْوِهَا، أَوْ حَبَسَهُ**)، أي: الماءَ (**عَنْهُ**)، أي: عن المَواتِ إذا كان لا يُزرَعُ معه (**لِيُزْرَعَ؛ فَقَدْ أَحْيَاهُ**)؛ لأنَّ نَفعَ الأرضِ بذلك أكثرُ مِن الحائطِ.

ولا إحياءَ بحَرثٍ وزَرعٍ[(٥)].

---

(١) كما لو أرادها لزرعٍ، أو حظيرة غنمٍ، أو غيرها.

(٢) والمقدار المعتبر ما يسمَّى حائطًا في اللُّغة.

(٣) رواه أحمد (١٥٠٨٨) من طريق قتادة، عن سليمان بن قيس اليشكري، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما مرفوعًا. وقتادة لم يسمع من سليمان اليشكري كما قال أحمد والبخاري وغيرهما.

ورواه أحمد (٢٠١٣٠)، وأبو داود (٣٠٧٧) من طريق قتادة، عن الحسن، عن سمرة بن جندب رضي الله عنه مرفوعًا، ورواية الحسن عن سمرة متكلم فيها، إلا أنه شاهد لحديث جابر السابق، ولذا صححه الألباني. [انظر: جامع التحصيل ص٢٥٥، الإرواء ٦/ ١٠].

(٤) وإن حفرها لارتفاقه كعادة من انتجع أرضًا، فهو أحقُّ بها ما أقام، وإن رحل فسابلةٌ، فإن عاد فهو أحقُّ بها من غيره ويختصُّ بها.

وإن حفر البئر فلم يصل إلى الماء فهو كالمتحجِّر الشَّارع في الإحياء يكون أحقَّ بها من غيره.

(٥) وفي المغني ٨/ ١٧٨: (ولا يعتبر في إحياء الأرض حرثها ولا زرعها؛ لأنَّ ذلك ممَّا يتكرَّر كلَّما أراد الانتفاع بها).

وتقدَّم قول الأئمَّة.

(وَيَمْلِكُ) المُحْيِي (حَرِيمَ البِئْرِ العَادِيَّةِ)[(١)(٢)] - بتشديدِ الياءِ، أي: القديمةِ، مَنسوبة إلى عادٍ، ولم يُرِدْ عادًا بعينِها -؛ (خَمْسِينَ ذِرَاعًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ)، إذا كانت انطمَّتْ وذَهَب ماؤها، فجدَّد حَفرَها وعمارَتَها، أو انقطع ماؤها فاستخرَجَهُ[(٣)]، (وَحَرِيمَ البَدِيَّةِ) المحدَثةِ[(٤)] (نِصْفَهَا)؛ خمسةٌ وعشرون ذِراعًا[(٥)]؛ لما روى أبو عبيدٍ في الأموالِ عن سعيدِ بنِ المسيّبِ قال: ......

---

(١) في الإقناع مع شرحه ٤/ ١٩٢: (... وهي القديمة الَّتي انطمت وذهب ماؤها، فجدَّد حفرها وعمارتها، أو انقطع ماؤها فاستخرجه، ملكها وملك حريمها...).

(٢) في المطلع ص ٢٨١: (حريم البئر وغيرها: ما حولها من مرافقها وحقوقها...).

(٣) ملكها بذلك، وملك حريمها إذا كانت مواتًا.

(٤) الَّتي لم يسبق لها عمارةٌ نصف العاديَّة إذا كانت في مواتٍ، وحفرها لتمليكٍ لأجل البئر، أو سقي الماشية.

(٥) وهذا هو المذهب؛ لما استدلَّ به المؤلِّف؛ ولأنَّ العاديَّة أكثر غزارةً للماء في الغالب.

وقال بعض الحنابلة: حريم البئر قدر الحاجة، اختاره القاضي في المجرَّد، وأبو الخطَّاب، وابن قدامة في الكافي.

وعند الحنفيَّة: أنَّ حريم بئر العطن - وهي الَّتي يستقى منها للمواشي - أربعون ذراعًا، من كلِّ جانبٍ على الصَّحيح.

وحريم بئر النَّاضح - وهي أن يحمل البعير الماء من نهرٍ، أو بئر لسقي الزَّرع -: أربعون ذراعًا.

وعند أبي يوسف ومحمَّدٍ: ستُّون ذراعًا.

وعند المالكيَّة: أنَّ البئر ليس لها حريمٌ محدودٌ لاختلاف الأرض بالرَّخاوة

«السُّنَّةُ فِي حَرِيمِ القَلِيبِ العَادِيِّ خَمْسُونَ ذِرَاعًا، وَالبَدِيِّ خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا»(١)، وروى الخلَّالُ والدارقطني نحوَهُ مَرفوعًا(٢).

والصَّلابة، ولكنَّ حريمها ما لا ضرر معه عليها، وهو مقدار ما لا يضرُّ بمائها، ولا يضيِّق مناخ إبلها، ولا مرابض مواشيها عند الورود.

وعند الشَّافعيَّة: أنَّ حريم البئر المحفورة في الموات - وهي ما كانت مطويَّةً وينبع الماء منها -: موقف النَّازح منها، والحوض، وموضع الدُّولاب- وهو ما يستقي به النَّازح - ومتردَّد الدَّابَّة، كل ذلك غير محدَّد، وإنَّما هو بحسب الحاجة.

وحريم بئر القناة: وهي المحفورة من غير طيٍّ ليجتمع الماء فيها ويؤخذ لنحو المزارع: ما لو حفر فيه نقص ماؤها، أو خيف سقوطها، ويختلف ذلك بصلابة الأرض ورخاوتها. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٥/ ٣٨٧، التَّاج الإكليل٣٦، حاشية قليوبيٍّ وعميرة ٣/ ٨٩، الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٥/ ١١٤، منتهى الإرادات ١/ ٥٤٤].

(١) رواه أبو عبيد في الأموال (٧٢٩)، وابن أبي شيبة (٢١٣٥٥)، والبيهقي (١١٨٦٩)، من طرق عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب موقوفًا، قال: «حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعًا من نواحيها كلها، وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نواحيها كلها، وحريم البئر العادية خمسون ذراعًا من نواحيها كلها»، ليس في واحد منها قوله: «السنة».

وأخرجه أبو داود في المراسيل (٤٠٢)، والبيهقي (١١٨٧٠)، من طريق إسماعيل بن أمية، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب مرسلًا. وصححه الدارقطني وابن عبد الهادي، وقال ابن حجر: (ورجاله ثقات). [انظر: تنقيح التحقيق ٤/ ٢٠٨، الدراية ٢/ ٢٤٥].

(٢) لعله في سنن الخلال ولم تطبع، ورواه الدارقطني (٤٥١٩) من طريق

وحَريمُ شجرةٍ: قَدرُ مدِّ أغصانِها[١]، وحريمُ دارٍ مِن مواتٍ حَولَها مَطرَحُ تُرابٍ، وكُناسةٍ، وثلجٍ، وماءِ مِيزابٍ[٢].

ولا حَريمَ لدارٍ مَحفوفةٍ بمِلكٍ[٣]، ويَتصرَّفُ كلٌّ منهم بحسبِ العادةِ[٤].

ومَن تَحجَّر مَواتًا؛ بأنْ أدار حولَهُ أحجارًا ونحوَها؛ لم يَملِكْهُ، وهو أحقُّ به[٥]، ....

إبراهيم بن أبي عبلة، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا. قال الدارقطني: (الصحيح من الحديث أنه مرسل عن ابن المسيب، ومن أسنده فقد وهم)، وضعف المرفوع البيهقي والألباني، وقال ابن عبد الهادي: (هذا الإسناد المتصل لا يثبت؛ لأنه جامع للمجهول والمتهم بالكذب). [انظر: السنن الكبرى ٦/ ٢٥٧، تنقيح التحقيق ٤/ ٢٠٨، السلسلة الضعيفة ٣/ ٩٧].

(١) وهذا هو المذهب.

وعند الحنفيَّة: خمس أذرعٍ.

وعند المالكيَّة: بقدر مصلحتها، وهذا كلُّه في الأرض المباحة. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٢) وغير ذلك ممَّا يرتفق به ساكنها، فيحرم على غيره التَّصرُّف فيه.

(٣) يعني للغير من كلِّ جانبٍ؛ لأنَّ الحريم من المرافق، ولا يرتفق بملك غيره؛ لأنَّ مالكه أحقُّ به.

(٤) أي: يتصرَّف كلُّ واحدٍ من أرباب الأملاك المتلاصقة في ملكه، وينتفع به بحسب العادة الجارية، فإن تعدَّى منع من التَّعدِّي عملًا بالعادة.

(٥) وهذا هو المشهور من المذهب؛ لما روى أبو داود (٣٠٧١) أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلمٌ فهو أحقُّ به»، فيه عبد الحميد بن عبد الواحد مجهولٌ.

قال الحارثيُّ: وعن أحمد روايةٌ بإفادة الملك، وهو الصَّحيح. [انظر:

ووارِثُه مِن بعدِهِ[١]، وليس له بيعُهُ[٢].

(وَلِلإِمَامِ إِقْطَاعُ مَوَاتٍ لِمَنْ يُحْيِيهِ)[٣]؛ ....

الإنصاف مع الشرح الكبير ١٥/ ١٢٠].

(١) في الإنصاف: (بلا نزاعٍ)، وهو قول الشَّافعيَّة كما في الحاوي الكبير ٧/ ٤٩٠؛ لأنَّه حقٌّ للموروث فقام وارثه مقامه فيه كسائر حقوقه، ومثل ذلك الأرض الخراجيَّة أحقُّ بها، وورثته من بعده.

(٢) وهذا هو المذهب؛ لأنَّه لم يملكه؛ وشرط البيع أن يكون من مالكٍ.

وقيل: يجوز بيعه، لأنَّه أحقُّ به. وهو احتمالٌ لأبي الخطَّاب، وأطلقهما في المحرَّر والرِّعايتين. [انظر: المصدر السَّابق].

(٣) الاقطاع لغةً: التَّمليك والإرفاق. [انظر: لسان العرب ٨/ ٢٨١، المصباح ٢/ ٥٠٨].

وفي الشَّرع: هو ما يقطعه الإمام من الأراضي رقبةً أو منفعةً لمن ينتفع به. [انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٩٢].

وينقسم الإقطاع إلى قسمين:

الأوَّل: إقطاع إرفاقٍ، وهو إرفاق النَّاس بمقاعد الأسواق، وأفنية الشَّوارع، وحريم الأمصار، ومنازل المسافرين، ونحو ذلك، وهو أقسامٌ: ما يختصُّ الإرفاق فيه بالصَّحاري، وما يختصُّ بأفنية الدُّور والأملاك، وما يختصُّ بأفنية الشَّوارع والطُّرقات، وتأتي.

الثَّاني: إقطاع تمليكٍ، وهو تمليك الإمام مجرَّدًا عن شائبةٍ بإحياءٍ أو غيره، وهو أقسامٌ: إقطاع الموات، وإقطاع العامر، وإقطاع المعادن، وتأتي. [انظر: الخراج لأبي يوسف ص ٦٦، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/ ٦٨، الأحكام السُّلطانيَّة للماوَرْديِّ ص ١٨٧، الأحكام السُّلطانيَّة لأبي يعلى ص ٢٠٨، المغني ٨/ ١٥٣].

«**لأَنَّهُ** عليه السلام **أَقْطَعَ بِلَالَ بنَ الحَارِثِ العَقِيقَ**»[1]، (**وَلَا يَمْلِكُهُ**) بالإقطاعِ، بل هو أحقُّ مِن غيرِهِ، فإذا أحياه مَلَكه[2].

---

(١) رواه مالك (٨٥١)، وأبو داود (٣٠٦١) من طريق مالك، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن، عن غير واحد: «أنَّ رسول الله ﷺ أقطع بلال بن الحارث المُزَنيّ مَعَادِنَ القَبَلِيّة، وهي من ناحية الفرع»، قال ابن عبد البر: (وهذا حديث منقطع الإسناد، لا يحتج بمثله أهل الحديث).

ورواه أبو عبيد في الأموال (ص٣٦٨)، وابن خزيمة (٢٣٢٣)، والحاكم (١٤٦٧)، والبيهقي (٧٦٣٧) من طريق نُعيم بن حماد، عن عبد العزيز بن محمد، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن، عن الحارث بن بلال بن الحارث المُزَني، عن أبيه: «أن رسول الله ﷺ أخذ من المعادن القَبَليّة الصدقة، وأنه أقطع بلال بن الحارث العقيق أجمع»، صححه الحاكم، ووافقه الذهبي.

وأعلَّ الشافعي، والبيهقي، وابن عبد الهادي، والألباني هذا الموصول، قال ابن عبد الهادي: (ونُعيم والدراوردي لهما ما يُنكر، والحارث لا يُعرف حاله، وقد تكلم الإمام أحمد بن حنبل في حديثٍ رواه الدراوردي عن ربيعة عن الحارث، والصواب في هذا الحديث رواية مالك)، وقريب منه قول ابن الملقن.

قال الشافعي: (ليس هذا مما يثبت أهل الحديث، ولو ثبتوه لم تكن فيه رواية عن النبي ﷺ إلا إقطاعه، فأما الزكاة في المعادن دون الخمس فليست مروية عن النبي ﷺ فيه). قال البيهقي: (هو كما قال الشافعي)، وقال الألباني: (وبالجملة فالحديث بمجموع طرقه ثابت في إقطاع، لا في أخذ الزكاة من المعادن). [انظر: السنن الكبرى ٤/ ٢٥٦، التمهيد ٧/ ٣٣، تنقيح التحقيق ٣/ ٨٧، البدر المنير ٥/ ٦٠٠، الإرواء ٣/ ٣١٢].

(٢) إقطاع الموات ضربان:

الضَّرب الأوَّل: ما لم يزل مواتًا من قديم الدَّهر فلم تجر فيه عمارةٌ، ولا

....

يثبت عليه ملكٌ، فهذا يجوز للإمام أن يقطعه من يحييه ويعمره، لما استدلَّ به المؤلِّف.

والمذهب: أنَّ إقطاع الموات لا يفيد تمليكًا، فإن أحياه ملكه بالإحياء، لا بالإقطاع؛ لأنَّ عمر رضي الله عنه استرجع من بلال بن الحارث ما عجز عن إحيائه، ولو ملكه لم يسترجعه.

وجمهور العلماء: أنَّه يملكه بالإقطاع.

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٥/ ١٢٧: (وقال مالكٌ: يثبت الملك بنفس الإقطاع، يبيع ويهب ويتصرَّف، ويورث عنه، قال: وهو الصَّحيح إعمالًا لحقيقة الإقطاع، وهو التَّمليك).

والضَّرب الثَّاني: ما كان عامرًا فخرب فصار مواتًا عاطلًا، وهو نوعان:

الأوَّل: ما كان عاديًّا -أي: قديمًا جاهليًّا - فهو كالموات الَّذي لم يثبت فيه عمارةٌ، ويجوز إقطاعه؛ وفي الحديث مرفوعًا: «عاديُّ الأرض لله ولرسوله، ثمَّ هي لكم منِّي» رواه الشَّافعيُّ، وأعلَّ بالإرسال. [انظر: التَّلخيص ٣/ ٦٢].

الثَّاني: ما كان إسلاميًّا جرى عليه ملك المسلمين، ثمَّ خرب حتَّى صار مواتًا عاطلًا لا يعرف له مالكٌ.

فالمذهب، ومذهب الحنفيَّة: يملك بالإحياء بشرط إقطاع الإمام له.

وعند المالكيَّة: يملك بالإحياء مطلقًا بشرط أن تكون الأرض غير مقطعةٍ، فإن كانت مقطعةً فالرَّاجح عندهم أنَّها لا تملك بالإحياء.

وعند الشَّافعيَّة: أنَّه مالٌ ضائعٌ يرجع فيه إلى اجتهاد الإمام. [انظر: الفتاوى الهنديَّة ٥/ ٣٨٦، الرَّهونيَّ على الزُّرقانيِّ ٥/ ١٠٥، الأحكام السُّلطانيَّة للماوَرْديِّ ص ١٩٠، الأحكام السُّلطانيَّة لأبي يعلى ص ٢١٣].

وأمَّا إقطاع العامر، فالعامر ضربان:

الأوَّل: ما يتعيَّن مالكه، فلا نظر للسُّلطان في إقطاعه اتِّفاقًا، وهذا إذا كانت

وللإمامِ أيضًا إقطاعُ غيرِ المَوات تَمليكًا وانتفاعًا للمصلحةِ.

(وَ) له (**إِقْطَاعُ الجُلُوسِ**) للبيعِ والشراءِ (**فِي الطُّرُقِ الوَاسِعَةِ**)(١)، ورحبةِ مسجدٍ غيرِ مُحَوَّطةٍ(٢)، (**مَا لَمْ يَضُرَّ بِالنَّاسِ**)؛ لأنَّه ليس للإمامِ أن يَأْذَنَ فيما لا مَصلحةَ فيه، فَضْلًا عمَّا فيه مَضرةٌ(٣).

في دار الإسلام، فإن كانت في دار الحرب الَّتي لا يثبت للمسلمين عليها يدٌ فأراد الإمام إقطاعها عند الظَّفر جاز.

والثَّاني: ما لم يتعيَّن مالكه، فما اصطفاه الإمام لبيت المال، أو ما دخل بيت المال فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: عدم جواز إقطاعه؛ لكونه ملكًا لكافَّة المسلمين فجرى على رقبته حكم الوقف المؤبَّد.

وعند الحنفيَّة: يجوز إقطاعه، إذ الأرض بمنزلة المال كما يعطى المال حيث ظهرت مصلحته. [انظر: الخراج لأبي يوسف ص ٦٣، حاشية ابن عابدين ٣/ ٢٦٥، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/ ٦٨، الأحكام السُّلطانيَّة للماوَرْديِّ ص ٢٩٢، الأحكام السُّلطانيَّة لأبي يعلى ص ٢١٥].

(١) لمحتاجٍ إلى الجلوس فيها، فللإمام أن يقطعه إقطاع منفعةٍ.

(٢) لأنَّ المحوَّطة لا يجوز فيها البيع ونحوه، بل من المسجد، والرحبة بفتح الحاء وتسكينها: ساحة المسجد، وجمعها رحبٌ ورحابٌ. [انظر: المطلع ص ٢٨١].

(٣) إقطاع الإرفاق ينقسم إلى ثلاثة أقسامٍ:

القسم الأوَّل: ما يختصُّ بالإرفاق فيه بالصَّحاري والفلوات حيث منازل المسافرين وحلول المياه، وهو نوعان:

الأوَّل: أن يكون لاجتياز السَّابلة واستراحة المسافرين فيه، والَّذي يخصُّ السُّلطان من ذلك إصلاح عورته، وحفظ مياهه، والتَّخلية بين النَّاس وبين نزوله، والسَّابق أحقُّ به حتَّى يرتحل؛ لقوله ﷺ: «مِنًى مُناخ من سبق» فإن نزلوه سواءً عدل بينهم نفيًا للنِّزاع.

(وَيَكُونُ) المُقْطَعُ (أَحَقَّ بِجُلُوسِهَا)[١]، ولا يَزولُ حقُّه بنقلِ مَتاعِهِ منها[٢]؛ لأنَّه قد استحقَّ بإقطاعِ الإمامِ، وله التَّظليلُ على نفسِهِ بما ليس ببناءٍ بلا ضررٍ[٣]، ويُسمى هذا: إقطاعَ إرفاقٍ[٤].

الثَّاني: أن يكون نزولهم للاستيطان، فللإمام منعهم أو تركهم حسب المصلحة.

القسم الثَّاني: ما يختصُّ بأفنية الدُّور والأملاك، فإن كان الارتفاق مضرًّا بأهلها منع اتِّفاقًا.

وإن لم يضرَّ فالحنفيَّة، والمالكيَّة، وهو قول الشَّافعيَّة والحنابلة: أنَّ لهم الارتفاق وإن لم يأذن أربابها؛ لأنَّ الحريم، وهو ما ينتفع به أهل الدُّور غير مملوكةٍ لأحدٍ.

وفي قول للشَّافعيَّة والحنابلة: أنَّه لا يجوز الارتفاق إلَّا بإذنٍ؛ لأنَّه تبعٌ لأملاكهم.

القسم الثَّالث: ما اختصَّ بأفنية الشَّوارع والطُّرقات، فموقوفٌ على نظر السُّلطان، وفي حكم نظره وجهان:

الأوَّل: أنَّ نظره مقصورٌ على كفِّهم عن التَّعدِّي، ومنعهم من الإضرار، والإصلاح بينهم عند التَّشاجر.

والثَّاني: أنَّ نظره نظر مجتهدٍ فيما يراه صالحًا في إجلاس من يجلس، ومنع من يمنع، وتقديم من يقدم. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) ما لم تزُل رغبته، فإن زالت فهو كغيره.

(٢) ما لم يعُد الإمام في إقطاعه. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٥/ ١٣٠].

(٣) من باريةٍ وكساءٍ؛ لدعاء الحاجة إليه، وليس له أن يبني دكَّةً في الطَّريق ولو واسعًا؛ لما فيه من التَّضييق. [انظر: المصدر السَّابق ١٥/ ١٣٢].

(٤) وهو منفعةٌ لا تمليكٌ.

(وَمِنْ غَيْرِ إِقْطَاعٍ) للطرقِ الواسعةِ والرحبةِ غيرِ المُحَوَّطةِ الحقُّ (لِمَنْ سَبَقَ بِالجُلُوسِ مَا بَقِيَ قُمَاشُهُ[١][٢] فِيهَا وَإِنْ طَالَ)[٣]، جَزَم به في الوجيزِ؛ لأنَّه سَبَق إلى ما لم يَسبِقْ إليه مُسلِمٌ، فلم يُمنَعْ، فإذا نَقَل مَتاعَهَ كان لغيرِهِ الجلوسُ[٤].

وفي المنتهى وغيرِهِ[٥]: (فإن أطالَه أُزيل)؛ لأنَّه يَصيرُ كالمالِكِ[٦].

(وَإِنْ سَبَقَ اثْنَانِ) فأكثرُ إليها[٧] وضاقَت؛ (اقْتَرَعَا)[٨]؛ لأنَّهما استويا في السَّبقِ، والقرعةُ مميِّزةٌ.

---

(١) القماش: بضم القاف، متاع البيت. [انظر: المطلع ص ٢٨١].

(٢) بالاتِّفاق: [انظر: الشَّرح الكبير ١٥/ ١٣٢] ما لم يضرَّ، وله الجلوس ولو ليلًا، وكذا لو أجلس أجنبيًّا أو غلامه؛ ليحفظ له المكان.

(٣) وهذا هو الوجه الأوَّل في المذهب، قال الحارثيُّ: وهذا اللَّائق بأصول الأصحاب حيث قالوا بالإقطاع. لما علَّل به المؤلِّف.

والوجه الثَّاني: يزال، قال الحارثي: هذا أظهر عندهم؛ لما علَّل به المؤلِّف. [انظر: المصدر السَّابق].

(٤) في مكانه، ولو لم يأت اللَّيل، ولا يحتاج فيه إلى إذن الإمام بخلاف المقطع فإنَّ استحقاقه بإذن الإمام فلا يزول حقُّه بنقلٍ، وهذا استحقاقه بسبقه، ومقامه فيها، فإن انتقل عنها زال استحقاقه.

(٥) كالإقناع.

(٦) وإن قام وترك متاعه لم يكن لغيره إزالته.

(٧) أي: الطَّريق الواسع، ورحبة المسجد غير المحوَّطة.

(٨) وهذا هو المذهب؛ لما علَّل به المؤلِّف، والوجه الثَّاني: يقدِّم الإمام من يرى منهما، حكاه القاضي. [انظر: الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٥/ ١٣٤].

ومَن سَبَق إلى مباحٍ؛ مِن صيدٍ، أو حطبٍ، أو مَعْدِنٍ، ونحوِه[(١)]؛ فهو أحقُّ به[(٢)]، وإن سَبَق إليه اثنان قُسِم بينهما[(٣)].

(وَلِمَنْ فِي أَعْلَى المَاءِ المُبَاحِ) كماءِ مطرٍ **(السَّقْيُ وَحَبْسُ المَاءِ إِلَى أَنْ يَصِلَ إِلَى كَعْبِهِ، ثُمَّ يُرْسِلُهُ إِلَى مَنْ يَلِيهِ)** فَيَفعَلُ كذلك، وهَلمَّ جرًّا، فإن لم يَفضُل عن الأوَّلِ أو مَن بَعدَه شيءٌ؛ فلا شيءَ للآخَرِ؛ لقولِهِ ﷺ: **«اسْقِ يَا زُبَيْرُ، ثُمَّ احْبِسِ المَاءَ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَى الجَدْرِ»** متفقٌ عليه[(٤)]، وذَكَر عبدُ الرَّزاقِ عن معمرٍ عن الزهري قال: نَظَرنا إلى قولِ النبيِّ ﷺ: ....

---

(١) كثمرٍ مباحٍ، ومنبوذٍ رغبةً عنه، ونِثارٍ في عُرسٍ، وما يتركه حصَّادٌ من زرعٍ ولقَّاطٌ من ثمرٍ، ونحو ذلك. [انظر: الإنصاف مع الشَّرح ١٦/ ١٣٩].

(٢) مسلمًا كان أو ذمِّيًّا، والملك فيه مقصورٌ على القدر المأخوذ.

(٣) وهذا هو المذهب؛ لأنَّ قسمته ممكنةٌ فلا يؤخَّر حقُّ أحدهما؛ لأنَّه لا ميزة لأحدهما على الآخر.

وقيل: يقترعان، وقيل يقدِّم الإمام أيَّهما شاء. [انظر: الإنصاف مع الشَّرح ١٦/ ١٣٨].

وفي الإنصاف مع الشَّرح: ١٦/ ١٤٠: (فائدتان: الأولى: لو ترك دابَّته بفلاةٍ، أو مهلكةٍ ليأسه منها، أو عجزه عن علفها؛ ملكها آخذها على الصَّحيح من المذهب... وقيل: لا يملكها كالرَّقيق وترك المتاع عجزًا بلا نزاعٍ، ويرجع بالنَّفقة على الرَّقيق وأجرة المتاع على الصَّحيح من المذهب...

الثَّانية: لو ألقى متاعه في البحر خوف الغرق، فقال الحارثيُّ: نصَّ أحمد: أنَّه باقٍ على ملكهم، وقيل: يملكه آخذه، قدَّمه في الفائق).

(٤) رواه البخاري (٢٣٥٩)، ومسلم (٢٣٥٧) من حديث عبد الله بن الزبير رضي الله عنهما.

«ثُمَّ احْبِسِ المَاءَ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَى الجَدْرِ»، فكان ذلك إلى الكعبين[١].

فإن كان الماءُ مَملوكًا قُسِم بين المُلَّاكِ بقدرِ النفقةِ والعملِ، وتَصرَّفَ كلُّ واحِدٍ في حِصَّتِهِ بما شاء[٢].

---

(١) لم نقف عليه عند عبد الرزاق في مصنفه، وقد قال ابن حجر: (وأخرج عبد الرزاق هذا الحديث المرسل بإسناد آخر موصول، ثم روى عن معمر، عن الزهري قال: نظرنا في قوله: «احبس الماء حتى يبلغ الجَدْر» فكان ذلك إلى الكعبين)، وكذا علقه عنه ابن عبد البر. [انظر: الاستذكار ٧/ ١٨٩، فتح الباري ٥/ ٤٠].

ورواه البخاري (٢٣٦٢) من طريق ابن جريج قال: قال لي ابن شهاب: فقدَّرَتِ الأنصارُ والناس قول النبي ﷺ: «اسق، ثم احبس حتى يرجع إلى الجَدْر» وكان ذلك إلى الكعبين.

(٢) في الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٦/ ١٤١: (وجملة ذلك، أنَّه لا يخلو الماءُ من حالين؛ إمَّا أن يكون جاريًا، أو واقفًا. والجاري ضربان:

أحدهما: أن يكون في نهرٍ غير مملوكٍ، وهو قسمان: أحدهما: أن يكون نهرًا عظيمًا؛ كالنِّيل، والفرات، الَّذي لا يستضرُّ أحدٌ بالسَّقي منهما، فهذا لا تزاحم فيه، ولكلِّ أحدٍ أن يسقي منها متى شاء وكيف شاء.

القسم الثَّاني: أن يكون نهرًا صغيرًا يزدحمُ الناسُ فيه، ويتشاحُّون في مائه، أو سيلًا يتشاحُّ فيه أهلُ الأَرضِينَ الشَّاربة منه، فيبدأُ بمن في أوَّل النَّهرِ، فيسقي ويحبسُ الماءَ حتى يبلُغَ الكعب، ثم يرسلُ إلى الَّذي يليه، فيصنعُ كذلك، وعلى هذا حتَّى تنتهي الأراضي كلُّها، فإن لم يفضُلْ عن الأوَّل شيءٌ، أو عن الثَّاني، أو عمَّن يليهما، فلا شيء للباقين؛ لأنَّهم ليس لهم إلَّا ما فَضَلَ، فهم كالعصبة في الميراث، وهذا قولُ فُقهاء المدينة، ومالكٍ، والشَّافعيِّ، ولا نعلمُ فيه مُخالفًا؛ لما روى عبد الله بن الزُّبير، أنَّ رجلًا من الأنصار خاصم الزُّبير في

(وَلِلإِمَامِ دُونَ غَيْرِهِ حِمَى مَرْعًى)[(١)]، أي: أن يَمنَعَ الناسَ مِن مَرعًى ....

شِرَاج الحرَّةِ الَّتي يسقونَ بها إلى النَّبيِّ ﷺ، فقال ﷺ: «اسقِ يا زُبير، ثمَّ أرسلِ الماء إلى جارك»، فغضب الأنصاريُّ، وقال: يا رسول الله: أَنَّ كان ابنَ عمَّتِك؟ فتلوَّنَ وجهُ رسول الله ﷺ ثمَّ قال: «يا زُبيرُ اسق، ثمَّ احبس الماء حتَّى يرجع إلى الجَدْر»، فقال الزُّبير: فوالله إنِّي لأحسبُ هذه الآية نزلت في ذلك: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾، متَّفقٌ عليه.

وذكر عبد الرَّزَّاق، عن معمرٍ، عن الزُّهريِّ، قال: نظرنا في قول النَّبيِّ ﷺ: «ثمَّ احبس الماء حتَّى يبلغ الجَدْر». وكان ذلك إلى الكعبين، قال أبو عُبيد: الشِّراجُ: جمعُ شَرْجٍ، والشَّرجُ: نهرٌ صغيرٌ، والحَرَّةُ: أرضٌ مُلْتَبِسةٌ بحجارةٍ سُودٍ. والجَدْر: الجدار. وإنَّما أمر النَّبيُّ ﷺ الزُّبير أن يسقي ثمَّ يرسل، تسهيلًا على غيره، فلمَّا قال الأنصاريُّ ما قال، استوفى النَّبيُّ ﷺ للزُّبير حقَّه.

فإن كانت أرض صاحب الأعلى مختلفةً، منها عاليةٌ ومنها مستفلةٌ، سقى كلَّ واحدةٍ منها على حدتها، فإن استوى اثنان في القرب من أوَّل النَّهر، اقتسما الماء بينهما إن أمكن، وإلَّا أُقرع بينهما، فقدِّم من تقع له القرعة، فإن كان الماء لا يفضُلُ عن أحدهما؛ سقى من تقع له القرعة بقدر حقِّه من الماء، ثمَّ تركه للآخر، وليس له السَّقي بجميع الماء؛ لمساواة الآخر له في استحقاق الماء، وإنَّما القرعة للتَّقديم في استيفاء الحقِّ لا في أصل الحقِّ، بخلاف الأعلى مع الأسفل، فإنَّه ليس للأسفل حقٌّ إلَّا في الفاضل عن الأعلى، فإن كانت أرض أحدهما أكبر من أرض الآخر، قسم الماء بينهما على قدر الأرض؛ لأنَّ الزَّائد من أرض أحدهما مساوٍ في القرب، فاستحقَّ جزءًا من الماء، كما لو كان لثالثٍ. اهـ.

(١) الحِمَى لغةً: المكان الممنوع من الرَّعي. [انظر: المطلع ص ١٨٦].

وفي الشَّرع: أن يمنع الإمام موضعًا لا يقع فيه التَّضييق على النَّاس للحاجة العامَّة لماشية الصَّدقة، والخيل الَّتي يحمل عليها. [انظر: التَّاج والإكليل ٦/ ٣، ٤].

(لِدَوَابِّ المُسْلِمينَ)[١] التي يَقومُ بحفظِها؛ كخيلِ الجهادِ والصدقةِ[٢]، (مَا لَمْ يَضُرَّهُمْ) بالتضييقِ عليهم[٣]؛ لما روى عمر: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَمَى النَّقِيعَ[٤] لخَيْلِ المُسْلِمِينَ»، رواه أبو عبيدٍ[٥].

وروى الصَّعب بن جثَّامة رضي الله عنه أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «لا حِمَى إلَّا لله ولرسوله»، رواه البخاريُّ.

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، لما تقدَّم من حديث الصَّعب بن جثَّامة، ولأنَّ عمر رضي الله عنه حمى كما في صحيح البخاريِّ، وكذا عثمان كما في البيهقيِّ ٦/ ١٤٧، واشتَهَر ولم ينكر.

وفي قولٍ للشَّافعيِّ: ليس لغير النَّبيِّ ﷺ أن يحمي؛ لما تقدَّم من حديث الصَّعب بن جثَّامة رضي الله عنه. [انظر: الأموال لأبي عبيد ص ٢٩٨، حاشية قليوبيٍّ عميرة ٣/ ٩٢، فتح الباري ٥/ ٤٥، المغني ٨/ ١٦٦].

(٢) ونَعَم الجزية، وضوالِّ النَّاس.

(٣) فإن ضيَّق حرم؛ لعدم المصلحة فيه.

(٤) موضع قرب المدينة، بينه وبين المدينة عشرون فرسخًا، وهو غير نقيع الخضمات. [انظر: معجم البلدان ٥/ ٣٠١].

(٥) لم نقف عليه من مسند عمر، وإنما هو من مسند ابن عمر، وهو الذي في كشاف القناع للمؤلف (٩/ ٤٧٥).

رواه أبو عبيد في الأموال (٧٤٠)، ورواه أحمد (٥٦٥٥)، من طريق عبد الله بن عمر العمري، عن نافع، عن ابن عمر، قال ابن كثير وابن حجر: (وفي إسناده العمري، وهو ضعيف).

ورواه ابن حبان (٤٦٨٣) من طريق عاصم بن عمر العمري، عن عبد الله بن دينار، عن ابن عمر. وعاصم ضعيف أيضًا.

ورواه أحمد (١٦٦٥٩)، وأبو داود (٣٠٨٤) من طريق عبد العزيز

وما حَماه النبيُّ ﷺ ليس لأحدٍ نقضُه[(١)]، وما حَماه غيرُه مِن الأئمةِ يجوزُ نَقضُهُ[(٢)].

الدراوردي، عن عبد الرحمن بن الحارث، عن ابن شهاب، عن عبيد الله بن عبد الله، عن عبد الله بن عباس، عن الصعب بن جثامة: أن النبي ﷺ حمى النقيع، وقال: «لا حمى إلا لله ﷻ»، وتفرد بوصله عبد الرحمن بن الحارث، وقد نقل البيهقي عن البخاري أنه قال عن الموصول: (هذا وهم).

ورواه البخاري بلاغًا (٢٣٧٠)، وكذا أبو داود (٣٠٨٣)، من طريق يونس، عن ابن شهاب، عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة، عن ابن عباس رضي الله عنهما: أن الصعب بن جثامة قال: إن رسول الله ﷺ قال: «لا حِمَى إلا لله ولرسوله»، وقال الزهري: «بلغنا أن النبي ﷺ حمى النقيع»، فدل على أنه من بلاغات الزهري، قال ابن حجر: (هكذا أخرجه البخاري معقبًا لحديث: «لا حِمَى إلا لله ولرسوله»، وهو المتصل منه، والباقي من مراسيل الزهري، قال البيهقي: قوله «حمى النقيع» هو من قول الزهري، وكذا رواه ابن أبي الزناد عن عبد الرحمن بن الحارث عن ابن شهاب معضلًا، ورواه أحمد وأبو داود والحاكم من طريق عبد العزيز الدراوردي عن عبد الرحمن بن الحارث فأدرجوه كله، وحكم البخاري أن حديث من أدرجه وهم). [انظر: السنن الكبرى ٦/ ٢٤٢، إرشاد الفقيه ٢/ ٩٣، فتح الباري ٥/ ٤٥، التلخيص الحبير ٢/ ٥٩٢].

(١) في المغني ٨/ ١٦٦: (وما حماه النَّبيُّ ﷺ فليس لأحدٍ نقضه ولا تغييره مع بقاء الحاجة إليه؛ لأنَّ ما حكم به النَّبيُّ ﷺ نصٌّ لا يجوز نقضه بالاجتهاد، ومن أحيا منه شيئًا لم يملكه، وإن زالت الحاجة إليه ففيه وجهان: أصحُّهما: أنَّه لا يجوز نقضه لما ذكرنا).

(٢) وهذا هو المذهب؛ فيملكه بالإحياء؛ لأنَّ حمى الأئمَّة اجتهادٌ، وملك الأرض بالإحياء نصٌّ، والنَّصُّ يقدَّم على الاجتهاد.

ولا يجوزُ لأحدٍ أن يَأخُذَ مِن أربابِ الدَّوابِّ عِوضًا عن مَرعَى مَواتٍ أو حِمًى؛ لأنَّه ﷺ شَرَّكَ الناسَ فيه(١).

ومَن جَلَس في نحوِ جامعٍ لفتوَى أو إقراءٍ؛ فهو أحقُّ بمكانِهِ ما دام فيه، أو غاب لعُذرٍ وعاد قَريبًا(٢).

ومَن سَبَق إلى رِباطٍ(٣)، أو نَزَل فَقيهٌ بمدرسةٍ، أو صُوفيٌّ بخانَقَاه(٤)؛ لم يَبطُلْ حقُّه بخروجِهِ منه لحاجَةٍ(٥).

  

والوجه الثَّاني: لا يملكه بالإحياء؛ لأنَّ اجتهاد الإمام لا يجوز نقضه كما لا يجوز نقض حكمه، والأوَّل أَولى؛ لأنَّ الاجتهاد في حماه في تلك المدَّة دون غيره، ولهذا ملك الحامي نقضه، ومذهب الشَّافعيِّ على نحو ما ذكره. [انظر: المغني ٨/ ١٦٦].

(١) فيما رواه أحمد وغيره، من حديث أبي خداش عن رجل من أصحاب النبي ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث: في الماء والكلأ والنار»، وتقدم تخريجه.

(٢) فهو أحقُّ بمكانه، وتقدَّم في باب صلاة الجمعة أنَّ من سبق إلى مكانٍ فهو أحقُّ به، سواءٌ كان مسجدًا أو غيره في جمعةٍ أو غيرها، لصلاةٍ أو غيرها من الطَّاعات، وأنَّه يحرم تأخيره، وإقامته منه، والقعود فيه.

(٣) في المطلع ص ٣٨٢: (الرِّباط: واحد الرِّباطات المبنيَّة المعروفة).

وفي المصباح ١/ ٢١٥: (الرِّباط: الَّذي يبنى للفقراء...، ويجمع في القياس رُبُطٌ، ورباطاتٌ).

(٤) خانقاه: رباط الصُّوفيَّة.

(٥) ولو بعدت حاجته ولم يعد قريبًا. [انظر: حاشية ابن قاسمٍ ٥/ ٤٩٣].

(بَابُ الجِعَالَةِ)[١]

بتثليثِ الجيمِ، قاله ابنُ مالكٍ[٢]، قال ابنُ فارسٍ: (الجُعْلُ، والجِعالةُ، والجَعِيلةُ: ما يُعطاه الإنسانُ على أمرٍ يَفعلُهُ)[٣][٤].

(وَهِيَ) اصطلاحًا: (أَنْ يَجْعَلَ) جائِزُ التصرُّفِ[٥] (شَيْئًا) مُتموَّلًا

(١) أي: باب بيان أحكام الجعالة، وما تفارق به الإجارة وغيرها.

(٢) المطلع ص ٢٨١.

(٣) فِعْل جعل يأتي في اللُّغة لمعانٍ منها: وضع، وصنع، وصار، وأقبل، وأخذ، ونسب، وعمل، وهيَّأ، وإدخال الشَّيء في الشَّيء، وخلق، وغير ذلك. [انظر: لسان العرب ١١/ ١١٠، تاج العروس ٧/ ٢٥٧].

(٤) المطلع ص ٢٨١.

(٥) وهو البالغ، العاقل، الحرُّ، الرَّشيد، وأن يكون الجاعل مختارًا، وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة.

وعند المالكيَّة: هذه شروط لزوم العقد لملتزم الجعل، وأمَّا أصل العقد، فيتوقَّف على كونه مميِّزًا. [انظر: شرح الخرشي ٧/ ٧٠، مواهب الجليل ٥/ ٤٥٢، تحفة المحتاج ٢/ ٣٦٦].

وقد ذكر المالكيَّة: أنَّ ما كان شرطًا في الجاعل فهو شرطٌ في العامل، ويشترطون في الجاعل **أهليَّة الاستئجار والعمل**.

وأمَّا الشَّافعيَّة: فإن كان العامل معيَّنًا فتشترط أهليَّته للعمل بأن يكون قادرًا عليه، فلا يصحُّ من صغيرٍ ولا عاجزٍ؛ لأنَّ منفعته معدومةٌ، وإن كان العامل غير معيَّن فلا تشترط قدرته على العمل، بل يكفي علمه بإعلان الجعل، وله أن يوكِّل.

(مَعْلُومًا[١]، لِمَنْ يَعْمَلُ لَهُ عَمَلًا مَعْلُومًا)؛ ....

ولا يشترط في العامل بنوعيه بلوغٌ، ولا عقلٌ، ولا حريَّةٌ، ولا رشدٌ، ولا إذن وليٍّ ولا سيِّدٍ.

قال الشَّافعيَّة: وليس لنا عقدٌ يصحُّ مع الصَّبيِّ المميِّز، والمجنون المميِّز إلَّا هذا.

ويصحُّ من العبد على الصَّحيح، ولو بلا إذن السَّيِّد، ويصحُّ العقد من محجورٍ عليه بسفهٍ. [انظر: المصدر السَّابق].

(١) فيشترط العلم بالجعل، وهذا باتِّفاق القائلين بجواز الجعالة، وهم المالكيَّة، والشَّافعيَّة، والحنابلة؛ لأنَّ جهالة العوض تفوِّت المقصود من عقد الجعالة، إذ لا يكاد أحدٌ يرغب في العمل مع جهالة الجعل، ولا حاجة إلى جهالة الجعل بخلاف العمل والعامل، حيث تغتفر جهالتهما للحاجة إلى ذلك.

واستثنى الشَّافعيَّة من اشتراط العلم بالجعل:

إذا جعل الإمام أو قائد الجيش لمن يدلُّ على فتح قلعةٍ للكفَّار المحاربين جعلًا كفرسٍ ونحوه.

إذا قال شخصٌ لآخر: حُجَّ عنِّي بنفقتك، فيجوز مع جهالة العوض، واستثنى الحنابلة: من جهالة العوض إذا كانت الجهالة لا تمنع التَّسليم نحو أن يقول: من ردَّ ضالَّتي فله ثلثها، أو يقول القائد: من جاء بعشرة رؤوسٍ فله رأسٌ، أو ثلث مال فلانٍ الحربيِّ لمن دلَّ على قلعة ونحوها، ويكون العلم بالجعل بمشاهدته، أو وصفه كالأجرة.

وعند المالكية: لو كان الجعل عينًا معينة - ذهبًا أو فضَّةً مضروبةً - فلا يصحُّ أن تكون جعلًا مع صحَّة العقد، ويغرم مثلها إذا أتمَّ العامل العمل، وإن كان مثليًّا أو موزونًا لا يخشى تغيُّره خلال فترة العمل صحَّ، وإن خشي تغيُّره خلاف فترة العمل، أو كان حيوانًا فلا يصحُّ، والعقد فاسدٌ. [انظر: المصادر السَّابقة].

كردِّ عبدِهِ مِن محلٍّ كذا[١]، أو بناءِ حائطِ كذا[٢]، (أَوْ) عَمَلًا (مَجْهُولًا[٣] مُدَّةً مَعْلُومَةً)؛ كشهرِ كذا، (أَوْ) مدَّةً (مَجْهُولَةً)[٤].

فلا يُشترَطُ العِلمُ بالعملِ ولا المدةِ[٥]، ويجوزُ الجمعُ بينهما هنا[٦]،

أركانها أربعة:

أحدها: الصِّيغة.

الثَّاني: المتعاملان (الجاعل، والمجعول له).

الثَّالث: العمل.

الرَّابع: الجعل.

(١) ولا فرق بين أن يجعله لمعيَّنٍ، كأن يقول: إن رددت عبدي فلك كذا، فلا يستحقُّه سواه، أو غير معيَّن، كأن يقول: من ردَّ عبدي فله كذا، فيستحقُّه من ردَّه.

(٢) أي: صفته وقدره كذا.

(٣) كخياطة ثوبٍ لم يصفها، أو ردَّ لقطةٍ لم يعيِّن موضعها.

(٤) كمن حرس زرعي فله كلَّ يومٍ كذا، أو بنى لي هذا الحائط فله كذا.

ومن تعريفات المالكيَّة للجعالة: أن يجعل الرَّجل للرَّجل أجرًا معلومًا، ولا ينقده إيَّاه على أن يعمل له في زمنٍ معلومٍ أو مجهولٍ ممَّا فيه منفعةٌ للجاعل، على أنَّه إن أكمل العمل كان له الجعل، وإن لم يتمَّه فلا شيء له.

ومن تعريفات الشَّافعيَّة: التزام عوضٍ معلومٍ على عملٍ معيَّنٍ معلومٍ أو مجهولٍ يعسر ضبطه.

وأمَّا الحنفيَّة فيأتي أنَّهم لا يرون جواز الجعالة. [انظر: شرح الخرشيِّ ٧/ ٦٩، حاشية البجيرميِّ على شرح الخطيب ٣/ ١٧٠].

(٥) بل يشترط العلم بالجعل في غير مال الحربيِّ كما تقدَّم.

(٦) أي: بين تقدير المدَّة والعمل؛ لجوازها مع جهالة المدَّة والعمل؛ للحاجة كأن يقول: من خاط هذا الثَّوب في يومٍ فله كذا، فإن أتى به فيه استحقَّ الجعل،

بخلافِ الإجارةِ[1]، ....

وإن لم يف به فيها فلا شيء له.

وهذا هو المذهب؛ لأنَّ المدَّة إذا جازت في هذا العقد مجهولةً فمع تقديرها أَولى.

وعند المالكيَّة والشَّافعيَّة: يشترط لصحَّة عقد الجعالة عدم توقيت العمل بوقتٍ محدَّدٍ؛ لكن عند المالكيَّة: إن اشترط العامل ترك العمل متى شاء جاز توقيت الجعالة؛ لأنَّ تقدير المدَّة يخلُّ بمقصود العقد، فقد لا يتمكَّن العامل من العمل خلال المدَّة المقدَّرة فيضيع سعيه، وكذا إذا جعل للعامل العوض مطلقًا بمضيِّ الزَّمن المتَّفق عليه، سواءٌ أتمَّ العمل أم لا، فالتَّوقيت جائزٌ. [انظر: أسنى المطالب ٢/ ٤٤١، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/ ٦٦، شرح المنتهى: معونة أُولي النُّهى ٥/ ٥٩٧].

(١) فالجعالة تخالف الإجارة في أشياء منها:

١- أنَّ الجعالة عقدٌ جائزٌ، والإجارة عقدٌ لازمٌ؛ ويأتي قريبًا.

٢- أنَّ الجعالة تصحُّ مع جهالة العمل بخلاف الإجارة، ويأتي قريبًا.

٣- أنَّ الجعالة تصحُّ مع العامل المبهم في الجعالة، وفي الإجارة يجب اشتراط القبول، ليتَّصف العقد باللُّزوم.

٤- في الجعالة يجوز الجمع بين تقدير المدَّة والعمل، أمَّا الإجارة فموضع خلافٍ، وتقدَّم في باب الإجارة، والمذهب عدم جوازه.

٥- في الجعالة لا يستحقُّ العامل الجُعل إلَّا بإتمام العمل بخلاف الإجارة.

٦- أجاز الفقهاء تقديم الأجرة في عقد الإجارة، ومنع المالكيَّة تقديم دفع الأجرة في عقد الجعالة.

٧- ذكر الشَّافعيَّة بأنَّه لا يشترط في عقد الجعالة قبول العامل، وإن كان العامل معيَّنًا، فمن سمع النِّداء من الجاعل أو علم به، فله أن يباشر العمل دون

ولا تَعيينُ العامِلِ؛ للحاجةِ(١).

ويَقومُ العملُ مَقامَ القبولِ؛ لأنَّه يَدُلُّ عليه؛ كالوكالةِ(٢).

ودليلُها: قولُه تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ﴾ [يُوسُف: ٧٢](٣)،

أن يتلفَّظ بالقبول، وأمَّا في عقد الإجارة فلا تنعقد عندهم إلَّا بالقبول المطابق للإيجاب كالبيع.

٨- يشترط في الإجارة أن تكون مدَّة العمل معلومةً، بخلاف الجعالة، فلا يشترط فيها معرفة مدَّة العمل. [انظر: أحكام القرآن لابن العربيِّ ٣/ ١٠٨٤، أحكام القرآن للقرطبيِّ ٩/ ٢٣٢، مقدِّمات ابن رشدٍ ٢/ ٦٣١، نهاية المحتاج ٥/ ٤٦٣، المغني ٨/ ٣٢٥].

(١) باتِّفاق القائلين بجواز الجعالة، فيصحُّ أن يقول: من فعل كذا، فله كذا. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٢) باتِّفاق القائلين بجواز الجعالة، فالعمل يدلُّ على القبول في الجعالة كما يدلُّ العمل في الوكالة على قبول الوكالة.

عند المالكيَّة: لا يشترط في الإيجاب اللَّفظ، بل تصحُّ الجعالة بكلِّ ما يدلُّ على إذنٍ بالعمل بعوضٍ معلومٍ.

وعند الشَّافعيَّة: اشترطوا اللَّفظ، وجعلوا الكتابة والإشارة المفهِمة من الأخرس قائمةً مقام الصِّيغة، واشترطوا في الكتابة أن ينوي بها الجعالة.

(٣) قال ابن كثيرٍ في تفسيره ٢/ ٤٨٥: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ﴾، وهذا من باب الجعالة، ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾، وهذا من الضَّمان والكفالة. [انظر: روح المعاني ١٣/ ٢٥، أحكام القرآن للجصَّاص ٣/ ١٧٥، أحكام القرآن لابن العربيِّ ٣/ ١٠٨٤، فتح القدير ٤/ ٤٢].

ولأنَّ الحاجة تدعو إلى إباحة الجعالة؛ لأنَّ الإنسان قد يبتغي تحقُّق عملٍ ولا يجد من يتَّفق معه، فإذا ما أطلق خطابه وجعله شاملًا لغير المعيَّن، فقد يجد

وحديثُ اللَّديغِ[١].

من يعينه على تحقيق مبتغاه. [انظر: مغني المحتاج ٢/ ٤٢٩].

وقد اختلف العلماء في حكم الجعالة.

فالمذهب، ومذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة: جواز الجعالة، لما تقدَّم من أدلَّةٍ.

وعند الحنفيَّة: عدم جواز الجعالة في غير جعل العبد الآبق صيانةً للمال عن الضَّياع، لورود الدَّليل فيه: فعن أبي عمرٍو الشَّيبانيِّ أنَّ رجلًا أصاب عبدًا آبقًا بعين التَّمر، فجاء به، فجعل ابن مسعودٍ فيه أربعين درهمًا. رواه عبد الرَّزَّاق ٢١٩٣٩، وإسناده صحيحٌ.

وعلَّلوا: أنَّ في الجعالة تعليق التَّمليك على الخطر - أي: التَّردُّد بين الوجود والعدم - وأيضًا: الجعالة لم توجَّه إلى معيَّنٍ، والعقد مع المجهول لا ينعقد، فانتفى العقد.

وعند ابن حزمٍ: أنَّ الجعالة ليست عقدًا، وإنَّما هي مجرَّد وعدٍ، يستحبُّ له الوفاء. [انظر: المحلَّى ١٣٢٧، المبسوط ١١/ ١٧، بدائع الصَّنائع ٦/ ٢٠٣، مقدِّمات ابن رشدٍ ٢/ ٣٠٨، منح الجليل ٤/ ٣، المهذَّب ١/ ٤١١، البجيرميَّ على الخطيب ٣/ ١٧١، المغني ٨/ ٣٢٥].

(١) رواه البخاري (٢٢٧٦)، ومسلم (٢٢٠١) من حديث أبي سعيد ﷺ، قال: انطلق نفر من أصحاب النبي ﷺ في سفرة سافروها، حتى نزلوا على حي من أحياء العرب، فاستضافوهم فأبوا أن يضيفوهم، فلُدغ سيد ذلك الحي، فسعوا له بكل شيء لا ينفعه شيء، فقال بعضهم: لو أتيتم هؤلاء الرهط الذين نزلوا، لعله أن يكون عند بعضهم شيء، فأتوهم، فقالوا: يا أيها الرهط إن سيدنا لُدغ، وسعينا له بكل شيء لا ينفعه، فهل عند أحد منكم من شيء؟ فقال بعضهم: نعم، والله إني لأرقي، ولكن والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا، فما أنا براقٍ لكم حتى تجعلوا لنا جعلًا، فصالحوهم على قطيع من الغنم... الحديث.

والعملُ الذي يُؤخَذُ الجُعلُ عليه؛ (كَرَدِّ عَبْدٍ، وَلُقَطَةٍ)(١)، فإن كانت في يدِهِ فَجَعَل له مالِكُها جُعلًا ليَرُدَّها؛ لم يُبحْ له أخذُهُ(٢)، (وَ) كـ (خِيَاطَةٍ، وَبِنَاءِ حَائِطٍ)، وسائرِ ما يُستأجَرُ عليه مِن الأعمالِ(٣).

---

(١) ودلالةٍ على مسروقٍ ونحو ذلك للآية.

(٢) لحصولها في يده وعمله من دون عقدٍ، وعليه حفظ مال أخيه من دون جعلٍ، وهذا هو المذهب، ومذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة، ممَّا فيه تعبٌ ومشقَّةٌ، فلا تصحُّ على ما لا منفعة فيه.

وعند المالكيَّة: تجوز الجعالة في كلِّ ما لا يكون للجاعل فيه منفعةٌ إلَّا بتمامه سواءٌ كان يسيرًا أو غير يسيرٍ، كالإتيان بالبعير الشَّارد، والعبد الآبق؛ واقتضاء الدُّيون، وشراء السِّلع، وحفر البئر في الأرض العامَّة، ونحو ذلك.

وإن كان يبقى للجاعل فيه منفعةٌ إن لم يتمَّ العمل فلا تصحُّ الجعالة فيه كالتَّعاقد على خياطةٍ، أو خدمةٍ، أو بيع سلعٍ كثيرةٍ ونحو ذلك.

واشترط المالكيَّة والشَّافعيَّة والحنابلة القدرة على تسليم العمل، فلا يصحُّ الجعل لأعمَى على حفظ المال، ولا لأخرسَ على التَّعليم، ولا لمغصوبٍ لغير من هو بيده. [انظر: تحفة المحتاج ٢/ ٣٦٧، أسنى المطالب ٢/ ٤٤١، مقدِّمات ابن رشدٍ ٢/ ٣٠٨، حاشية العدويِّ على شرح أبي الحسن ٢/ ١٦٢، المغني ٨/ ٣٢٣].

وعند المالكيَّة والشَّافعيَّة: يشترط أن يكون للجاعل في العمل المجاعَل عليه منفعةٌ تعود عليه، فلو قال: من أخبرني فله دينارٌ صحَّ، ولو جاعل شخصًا على أن يصعد جبلًا من غير منفعةٍ بإتيان حاجةٍ لم يصحَّ.

وعند الحنابلة: يشترط أن يكون العمل في الجعالة للجاعل، فلو قال: من

(فَمَنْ فَعَلَهُ بَعْدَ عِلْمِهِ بِقَوْلِهِ)، أي: بقولِ صاحبِ العملِ: مَن فَعَل كذا فله كذا؛ (اسْتَحَقَّهُ)؛ لأنَّ العقدَ استقرَّ بتمامِ العملِ[١].

(وَالجَمَاعَةُ) إذا عَمِلُوه (يَقْتَسِمُونَهُ) بالسويَّةِ؛ لأنَّهم اشتركوا في العملِ الذي يُستَحَقُّ به العِوضُ، فاشتركوا فيه[٢].

(وَ) إن بَلَغه الجُعلُ (فِي أَثْنَائِهِ)، أي: أثناءِ العملِ؛ (يَأْخُذُ قِسْطَ تَمَامِهِ)[٣]؛ لأنَّ ما فَعَله قبلَ بلوغِ الخبرِ غيرُ مأذونٍ فيه[٤]، فلم يَستحِقَّ به

ركب دابَّتي فله كذا لم يصحَّ؛ لئلَّا يجتمع للعامل: النَّفع والعوض. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) فالمذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: يشترط لاستحقاق العامل الجعل أن يسمع إذن الجاعل في ذلك أو يعلم به، فإن عمل بدون علمٍ فلا شيء؛ لأنَّه متطوِّعٌ من غير عوضٍ.

لكن استثنى الحنابلة مسألتين: تخليص متاع الغير من هلكةٍ، وردَّ الآبق، فلا يشترط فيهما الإذن، ويأتي.

وعند المالكيَّة: إن كان العامل معروفًا بطلب الضَّوالِّ وغيرها من الأموال الضَّائعة بعوضٍ، فإنَّه يستحقُّ جعل المثل، وإن لم يكن إذنٌ.

واختلف المالكيَّة فيما إذا أراد صاحب الضَّالَّة أن يتركها في يد العامل بدلًا عن الجعل على قولين. [انظر: شرح الخرشيِّ ٧/ ٧٤، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/ ٦٦، المهذَّب ١/ ٤١١، أسنى المطالب ٢/ ٤٣٩، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٦/ ١٦٣].

(٢) كالإجارة، وهو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٣) وهو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٤) فكان متبرِّعًا.

عِوضًا، وإن لم يَبلُغْهُ إلا بعدَ العملِ؛ لم يَستحِقَّ شيئًا لذلك(١).

(وَ) الجِعالةُ عقدٌ جائِزٌ(٢)، (لِكُلٍّ) منهما (فَسْخُهَا)؛ كالمضاربةِ.

(فَـ) متى كان الفَسخُ (مِنَ العَامِلِ) قبلَ تمامِ العملِ؛ فإنَّه (لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا)؛ لأنَّه أسْقَطَ حقَّ نفسِه، حيثُ لم يأتِ بما شُرِط عليه(٣).

---

(١) وفي المنتهى وشرحه ٢/ ٤٦٩: (وحرم عليه أخذه إلَّا إن تبرَّع له به ربُّه بعد إعلامه بالحال).

(٢) قبل الشُّروع في العمل الجعالة عقدٌ جائزٌ مذهب الشَّافعيَّة والحنابلة، والقول الرَّاجح عند المالكيَّة.

وبعد الشُّروع في العمل المذهب، والشَّافعية: أنَّها عقدٌ جائزٌ؛ لأنَّها من جهة الجاعل تعليق استحقاق العامل للجعل بشرطٍ، وأمَّا من جهة العامل؛ فلأنَّ العمل مجهولٌ، وما كان كذلك لا يلزم بالعقد.

وعند المالكيَّة: عقدٌ جائزٌ، لكن بعد الشُّروع في العمل تكون عقدًا لازمًا بالنِّسبة للجاعل، لكي لا يبطل على العامل عمله.

وعند بعض المالكيَّة: أنَّها عقدٌ لازمٌ ولو قبل الشُّروع كالإجارة.

وفي قولٍ آخر لهم: أنَّها عقدٌ لازمٌ للجاعل فقط بمجرَّد إيجابه أو إعلانه دون العامل. [انظر: نهاية المحتاج ٤/ ٣٤٨، مقدِّمات ابن رشدٍ ٢/ ٣٠٧، شرح الخرشيِّ ٧/ ٧٠، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٦/ ١٧١].

(٣) كعامل المساقاة، وهذا هو المذهب، ومذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند الشَّافعيَّة: إذا زاد الجاعل في العمل، ولم يرض العامل بالزِّيادة ففسخ لذلك فله أجرة المثل.

فرعٌ: ليس للجاعل الزِّيادة والنَّقص بعد الشُّروع في العمل.

وعند الشَّافعيَّة والحنابلة: له أن يزيد أو ينقص، ولو كان ذلك بعد الشُّروع

(وَ) إن كان الفسخُ (مِنَ الجَاعِلِ بَعْدَ الشُّرُوعِ) في العملِ؛ فـ (لِلْعَامِلِ أُجْرَةُ) مِثْلِ (عَمَلِهِ)[١]؛ لأنَّه عَمِله بعوضٍ لم يُسَلَّمْ له، وقبلَ الشروعِ في العملِ لا شيءَ للعامِلِ[٢].

وإن زاد أو نَقَص قبلَ الشروعِ في الجُعلِ؛ جاز؛ لأنَّها عقدٌ جائزٌ.

(وَمَعَ الاخْتِلَافِ فِي أَصْلِهِ)، أي: أصلِ الجُعلِ[٣]، (أَوْ قَدْرِهِ[٤]؛ .....

في العمل ما دام أنَّ ذلك قبل إتمام العمل بناءً على أنَّ عقد الجعالة عقد جائز. [انظر: مقدِّمات ابن رشد ٢/ ٣٠٧، بلغة السَّالك ٢/ ٢٥٧، تحفة المحتاج ٢/ ٣٦٩، الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٦/ ١٧١].

(١) وهذا هو المذهب، وهو المصحَّح عند الشَّافعيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند المالكيَّة: ليس للجاعل أن يفسخ العقد بعد الشُّروع في العمل، فالعقد لازمٌ بالنِّسبة له حينئذٍ، فيستحقُّ العامل الجعل المسمَّى بشريطة أن يتمَّ العمل، وتقدَّم قريبًا. [انظر: المصادر السَّابقة].

وعند شيخ الإسلام: للعامل نسبة المثل.

(٢) لأنه عملٌ غير مأذونٍ فيه، فلم يستحقَّ شيئًا.

(٣) المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: إن اختلفا في اشتراط الجعل وتسميته في العقد، فقال العامل: شرطت لي جعلًا، وأنكر الجاعل؛ فالقول قول الجاعل بيمينه؛ لما علل به المؤلِّف، إلا مع بيِّنة العامل.

وقال بعض الأصحاب: يتحالفان في قدر الجعل قياسًا على اختلاف الأجير والمستأجر في قدر الأجرة، وهو احتمالٌ للقاضي، فعليه يفسخ العقد وتجب أجرة المثل. [انظر: المصادر السَّابقة].

ولعلَّ الأقرب: الرُّجوع إلى القرائن، وإلَّا فقول الجاعل.

(٤) وهذا هو المذهب؛ لما علَّل به المؤلف.

وعند المالكيَّة: إن ادَّعى أحدهما ما شأنه أن يكون جعلًا مناسبًا فالقول قوله

بيمينه، وإن ادَّعى كلٌّ منهما ما شأنه أن يكون جعلًا مناسبًا للعمل فالرَّاجح: أنَّ القول لمن كان المال المردود في حوزته، فإن لم يكن المال في يد أحدهما بأن كان في يد أمينٍ، فالرَّاجح: أنَّهما يتحالفان ويجب للعامل جعل مثله.

وإن لم يدَّع أحدهما ما شأنه أن يكون جعلًا مناسبًا لذلك العمل فإنَّهما يتحالفان، ويجب للعامل جعل مثله، وكذلك يجب له جعل مثله إن امتنع كلٌّ منهما عن اليمين، وأمَّا إن امتنع أحدهما فقط فيقضي القاضي لمن حلف بما يدَّعيه.

وعند الشَّافعيَّة: أنَّهما يتحالفان، فيحلف كلٌّ منهما على نفي قول صاحبه، وإثبات قوله، ويحلف الجاعل أوَّلًا على الرَّاجح، ويفسخ العقد بالتَّحالف، ويجب للعامل أجرة المثل، وإنَّما يتحالفان؛ لأنَّ كلًّا منهما مدَّعٍ ومدَّعًى عليه. [انظر: المصادر السَّابقة].

مسألةٌ: ما يستحقُّه العامل إذا تلف الجعل:

إن كان موصوفًا في الذِّمَّة، فلا يمكن تصوُّر تلفه؛ لأنَّ ما في الذِّمَّة لا يتعرَّض للتَّلف، ولا يتعيَّن إلَّا بالقبض، وإذا قبضه العامل فتلف كان فواته من ماله.

وإن كان الجعل معيَّنًا، كما لو كان الجعل حيوانًا معيَّنًا، أو سلعةً معيَّنةً فتلفت: فإن تلف قبل الشُّروع في العمل وعلم العامل بتلفه، انفسخ عقد الجعالة.

وإن كان العامل لم يعلم بتلفه وشرع في العمل، أو كان تلفه بعد الشُّروع في العمل، فاختلف الفقهاء على قولين:

الأوَّل: يجب للعامل أجرة المثل، وهذا مذهب الشَّافعيَّة، وقولٌ في مذهب الحنابلة.

يُقْبَلُ قَوْلُ الجَاعِلِ)؛ لأنَّه منكِرٌ، والأصلُ براءةُ ذمَّتِهِ.

(وَمَنْ رَدَّ لُقَطَةً، أَوْ ضَالَّةً، أَوْ عَمِلَ لِغَيْرِهِ عَمَلًا بِغَيْرِ جُعْلٍ) ولا إذنٍ؛ **(لَمْ يَسْتَحِقَّ عِوَضًا)**(١)؛ لأنَّه بَذَل مَنفعتَهُ مِن غيرِ عِوضٍ، فلم يَستحِقَّهُ؛ ولئلا يَلزَمَ

القول الثَّاني: إن كان الجعل مثليًّا فللعامل مثله، وإلَّا فله قيمته، وهذا مذهب الحنابلة. [انظر: حاشية الرَّمليِّ ٢/ ٤٤١، الإنصاف ٦/ ٣٩٠].

(١) وهذا هو المذهب؛ إلَّا ما استثني في تخليص متاع غيره من هلكةٍ، وردِّ الآبق؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند الحنفيَّة: لا يستحقُّ العامل الجعل في ردِّ الضَّالِّ، ويستحقُّ الجعل في ردِّ العبد الآبق، ويأتي.

وعند المالكيَّة: إن كان العامل معروفًا بردِّ الضَّوالِّ وغيرها من الأموال الضَّائعة بعوضٍ فإنَّه يستحقُّ جعل مثله، وإن لم يكن منتصبًا للعمل استحقَّ النَّفقة فقط.

ذهب الشَّافعيَّة إلى أنَّ الجاعل لا يستحقُّ شيئًا، لا في الضَّالِّ، ولا في الآبق مطلقًا؛ لأنَّ الأصل براءة الذِّمَّة، وتقدَّم قريبًا. [انظر: المصادر السَّابقة].

قال النَّوويُّ في روضة الطَّالبين ٥/ ٢٦٨: (لو قال غير المالك: من ردَّ عبد فلانٍ، فله كذا، استحقَّه الرَّادُّ على القائل).

في الإنصاف مع الشَّرح الكبير١٦/ ١٧٤: (فائدتان: إحداهما: لو تلف ما خلصه من هلكةٍ لم يضمنه منقذه على الصَّحيح من المذهب، وقيل: يضمنه.

الثَّانية: متى كان العمل في مال الغير إنقاذًا له من التَّلف المشرف عليه كان جائزًا، كذبح الحيوان المأكول إذا خيف موته، صرَّح به في المعنى...، واقتصر عليه في آخر القاعدة الرَّابعة والسَّبعين، وقال: ويفيد هذا أنَّه لا يضمن ما نقص بذبحه.

تنبيهٌ: مراد المصنِّف وغيره بقولهم: «ومن عمل لغيره عملًا بغير جعلٍ فلا

الإنسانَ ما لم يَلتزِمْهُ، (إلَّا) في تخليصِ متاعِ غيرِهِ مِن هلكةٍ[(١)]، فله أُجرةُ المثلِ؛ تَرغيبًا، وإلا (دِينَارًا أَوِ اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا[(٢)(٣)] عَنْ رَدِّ الآبِقِ)، مِن المصرِ أو خارِجِهِ، رُوي عن عمرَ[(٤)]، ....

شيء له» غير المعدِّ لأخذ الأجرة كالملَّاح، والمكاري، والحجَّام...، ونحوهم ممَّن يرصد نفسه للتَّكسُّب بالعمل، فإذا عمل استحقَّ أجرة المثل نصَّ عليه).

(١) كإخراجه من البحر، أو الحرق، أو وجده في مهلكةٍ يذهب بتركه.

وقال شيخ الإسلام في الاختيارات ص ٢٤٥: (من استنقذ مال غيره من الهلكة وردَّه استحقَّ أجرة المثل، ولو بغير شرطٍ في أصحِّ القولين، وهو منصوص أحمد وغيره)، ونحوه عن ابن القيِّم.

(٢) وهذا هو المذهب: أنَّ من خلَّص متاع غيره من هلكةٍ فله أجرة مثله، أو ردَّ آبقًا فله اثنا عشر درهمًا، أو دينارٌ؛ لما استدلَّ به المؤلِّف.

وعند الشَّافعيَّة وروايةٌ عن أحمد: أنَّه لا يستحقُّ شيئًا ما لم يؤذن له؛ لعدم الالتزام بشيءٍ. [انظر: المصادر السَّابقة]، وتقدَّم مذهب المالكيَّة قريبًا.

وعند الحنفيَّة: إن ردَّه من مسيرة ثلاثة أيَّام فصاعدًا فمقدار الجعل أربعون درهمًا، وإن ردَّه لأقلَّ من ذلك فبحسابه، وإن ردَّه من أقصى المصر رضخ له قدر عنائه.

وذهب المالكيَّة إلى أنَّ الجعل غير مقدَّرٍ، فمن كان معروفًا بردِّ الضَّوالِّ فله جعل مثله، وإن لم يكن معروفًا بذلك فليس له إلَّا نفقته.

(٣) وهذا هو المذهب.

وعن الإمام أحمد: إن ردَّه من خارج المصر فله أربعون درهمًا، ومن المصر عشرةٌ. [انظر: المغني ٨/ ٣٢٩، الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٦/ ١٧٧].

(٤) رواه ابن أبي شيبة (٢١٩٠) من طريق حجاج، عن عمرو بن شعيب، عن

وعليٍّ[(١)]، وابنِ مسعودٍ[(٢)]؛ لقولِ ابنِ أبي مُليكةَ، وعمرو بنِ دينارٍ: «**إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ فِي رَدِّ الآبِقِ إِذَا جَاءَ بِهِ خَارِجًا مِنَ الحَرَمِ دِينَارًا**»[(٣)].

سعيد بن المسيب: «أن عمر جعل في جعل الآبق دينارًا أو اثني عشر درهمًا»، وأعلَّه ابن حزم بالانقطاع. [انظر: المحلى ٧/ ٤٠].

(١) رواه ابن أبي شيبة (٢١٩١)، والبيهقي (١٢١٢٤) من طريق الشعبي، عن الحارث، عن علي رضي الله عنه في جعل الآبق دينار، قريبًا أخذ أو بعيدًا. قال البيهقي: (الحجاج بن أرطاة لا يحتج به).

(٢) رواه عبد الرزاق (١٤٩١١)، وابن أبي شيبة (٢١٩٣٩)، والبيهقي (١٢١٢٥) من طريق الثوري، عن عبد الله بن رباح، عن أبي عمرو الشيباني: «أن رجلًا أصاب عبدًا آبقًا بعين التمر، فجاء به، فجعل ابن مسعود فيه أربعين درهمًا»، قال البيهقي: (وهذا أمثل ما روي في هذا الباب)، وأعله ابن حزم بقوله: (وعن عبد الله بن رباح القرشي، وهو غير مشهور بالعدالة). [انظر: المحلى ٧/ ٤٠].

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٢١٩٣٨) من طريق ابن جريج، عن عطاء، أو ابن أبي مليكة وعمرو بن دينار. أعله البيهقي بالانقطاع - أي: الإرسال -، ووافقه الألباني.

وقد رواه البيهقي (١٢١٢٣) من طريق خصيف، عن معمر، عن عمرو بن دينار، عن ابن عمر قال: «قضى رسول الله ﷺ في العبد الآبق يوجد في الحرم بعشرة دراهم»، وخصيف بن عبد الرحمن صدوق سيئ الحفظ اختلط بآخره كما قال ابن حجر، ولذا قال البيهقي: (فهذا ضعيف، والمحفوظ حديث ابن جريج عن ابن أبي مليكة وعمرو بن دينار). [انظر: تقريب التهذيب ص ١٩٣، الإرواء ٦/ ١٤].

(وَيَرْجِعُ) رادُّ الآبقِ (بِنَفَقَتِهِ أَيْضًا)[1]؛ لأنَّه مأذونٌ في الإنفاقِ شَرعًا؛ لحُرمةِ النفسِ، ومحلُّه إن لم ينوِ التبرُّعَ، ولو هَرَب منه في الطريقِ[2]، وإن

---

(١) من سيِّده، وكذا ما أنفق على دابَّةٍ يجوز التقاطها من قوتٍ وعلفٍ، ولو لم يستأذن المالك مع القدرة عليه، لكن إن نوى العامل التَّبرُّع بالنَّفقة، فلا يرجع على المالك.

وعند المالكيَّة: تجب النَّفقة على العامل ولو استغرقت الجعل كلَّه، هذا إذا كان العامل معتادًا طلب الضَّوالِّ وردَّها لأصحابها بعوضٍ، ولكن يمكنه إذا كان في بلدٍ بعيدٍ ونفقته تستغرق الجعل أن يرفع الأمر إلى قاضي البلد ليبيع المال ويحكم له بجعله، أمَّا إن جاء به فليس له غير الجعل الَّذي جعل له، أو جعل مثله، وأمَّا إن كان العامل ليس من عادته طلب الضَّوالِّ والأُبَّاق، ولم يحدث التزامٌ بالجعل من المالك، أو كان لم يعلم به هذا العامل فإنَّه تجب له النَّفقة فقط ويرجع بها على المالك.

وعند الشَّافعيَّة: تجب النَّفقة على المالك، لكن إن أنفق العامل بدون إذن المالك، أو القاضي، أو لم يشهد شهودًا فإنَّه يكون متبرِّعًا ولو قصد الرُّجوع. [انظر: مِنَح الجليل ٤/ ١١، الخرشيَّ ٧/ ٧٥، أسنى المطالب ٢/ ٤٤٢، المغني، ٨/ ٣٣٠].

قال ابن القيِّم في إعلام الموقِّعين ٢/ ٢٠٦: (ومتى كان العمل في مال الغير إنقاذًا له من التَّلف كان جائزًا، كذبح الحيوان المأكول إذا خيف موته، ولا يضمن ما نقص بذبحه، ولهذا جاز ضمُّ اللُّقطة وردُّ الآبق وحفظ الضَّالَّة حتَّى إنَّه يحسب ما ينفقه على الضَّالَّة والآبق...، فلو علم المتصرِّف لحفظ مال أخيه أنَّ نفقته تضيع وإحسانه يذهب باطلًا في حكم الشَّرع لما أقدم على ذلك...) اهـ.

(٢) فإنَّه يستحقُّ الرُّجوع بالنَّفقة بنيَّة الرُّجوع، لا في الجعل قبل تسليمه؛ لأنَّه لم يتمَّ العمل، وباتِّفاق القائلين بالجعالة يشترط لاستحقاق العامل الجعل أن يتمَّ

مات السيِّدُ رَجَع في تَرِكَتِهِ(١).

وعُلِمَ منه: جوازُ أخذِ الآبقِ لمن وَجَده(٢)، وهو أمانةٌ بيدِهِ(٣)، ومَن ادَّعاه فصدَّقَه العبدُ؛ أخذَهُ(٤)، فإن لم يجد سيدَهُ دَفَعه إلى الإمامِ أو نائبِهِ؛ لِيَحفَظَهُ

العامل العمل، فلو مات العبد الآبق، وتلف المال المردود، أو غصب من يد العامل لم يستحقَّ شيئًا.

وعند المالكيَّة: إن أفلت الحيوان من يد العامل وهرب، ثمَّ جاء به آخر من غيرِ عقدٍ مَنْ عادتُه ردُّ الضَّوالِّ والأُبَّاق بعوضٍ، فالجعل للثَّاني إن جاء به من مكانٍ بعيدٍ، أو من مكانه الَّذي جاء به الأوَّل، فإن جاء به من مكانٍ قريبٍ من الجاعل، أو قبل أن يصل إلى مكان الأوَّل فالجعل بينهما بالنِّسبة. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) في الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٦/ ١٨١: (وبهذا قال أبو حنيفة، وقال أبو يوسف: إن كان الَّذي ردَّه من ورثة المولى سقط الجعل، ولنا: أنَّ هذا عوضٌ عن عمله، فلا يسقط بالموت كالأجر في الإجارة، وكما لو كان من غير ورثة المولى) اهـ.

(٢) في المغني ٨/ ٣٣١): (ويجوز أخذ الآبق لمن وجده، وبه قال مالكٌ، والشَّافعيُّ، وأصحاب الرَّأي، ولا نعلم فيه مخالفًا؛ لأنَّ العبد الآبق لا يؤمن من لحاقه بدار الحرب وارتداده، واشتغاله بالفساد في البلاد. . .).

(٣) باتِّفاق القائلين بالجعالة على أنَّ يد العامل على ما وقع في يده من مال الجاعل أمانةٌ ولا ضمان عليه، إلَّا إن قصر في حفظه. [انظر: بلغة السَّالك ٢/ ٢٥٧، نهاية المحتاج ٤/ ٣٤٨، المغني ٨/ ٣٣١].

(٤) بشرط أن يكون العبد مكلَّفًا؛ لأنَّه إذا استحقَّ أخذه بوصفه إيَّاه، فبتصديقه على أنَّه مالكه أولى، هذا إن لم يكن له بيِّنةٌ، فإن أقام بيِّنةً أنَّه له دفع إليه.

لصاحبِهِ، وله بَيعُهُ لمصلحةٍ[(١)]، ولا يَملِكُهُ مُلتقِطُه بالتعريفِ؛ كضوالِّ الإبلِ[(٢)]، وإن باعه ففاسِدٌ[(٣)].

(١) في المغني ٨/ ٣٣١: (فإن لم يجد سيِّدَه دفعه إلى الإمام أو نائبه، فيحفظه لصاحبه، أو يبيعه إن رأى المصلحة فيه، ونحوه قول مالكٍ وأصحاب الرَّأي، ولا نعلم لهم مخالفًا) اهـ.

(٢) لأنَّ العبد يتحفَّظ بنفسه، فهو كضوالِّ الإبل. [انظر: المصدر السَّابق].

(٣) أي: إن باعه ملتقطه لغير مصلحةٍ فبيعه فاسدٌ في قول عامَّة أهل العلم. [انظر: المصدر السَّابق].

مسألةٌ: مشارطة الطَّبيب على برء المريض:

هذا العقد متردِّدٌ بين الإجارة والجعالة، فإن قلنا: جعالة صحَّ، ولم يستحقَّ العوض إلَّا بالبرء، والجهالة في الجعالة لا تضرُّ، وهو قول ابن قدامة من الحنابلة.

وإن قلنا: إجارةٌ أشكل هذا؛ لأنَّ البرء قد لا يكون تحت القدرة؛ لأنَّه من الله ﷻ، وقد اختلف العلماء في استئجار الطَّبيب بشرط البرء على قولين:

القول الأوَّل: يجوز، وهو مذهب المالكيَّة، وقولٌ في مذهب الحنابلة، على خلافٍ بينهم في توصيف العقد.

لأنَّ الطَّبيب لا يشارط على الشِّفاء إلَّا على مرضٍ يغلب على ظنِّه حصول البرء.

القول الثَّاني: لا يجوز، وهو مذهب الجمهور، واختيار ابن حزمٍ؛ لأنَّ الشِّفاء بيد الله، ولا يقدر عليه أحدٌ من الخلق، ولأنَّ في اشتراطه غررًا، فقد يطول العلاج ولا يحصل الشِّفاء. [انظر: شرح الخرشيِّ ٧/ ٦١، المدوَّنة ٤/ ٤٢٢، روضة الطَّالبين ٥/ ١٩٣، المغني ٥/ ٣١٤، الإنصاف ٦/ ٧٥، المعاملات الماليَّة أصالةٌ ومعاصرةٌ ١٠/ ١٤٩].

....

مسألةٌ: انفساخ الجعالة بموت الجاعل:

إذا مات الجاعل قبل الشُّروع في العمل انفسخ العقد.

وإذا مات الجاعل بعد إتمام العمل لزم الجعل، ولا يمكن فسخه بالموت، وهذا ممَّا لا يختلف فيه أحدٌ من الفقهاء.

وإذا مات الجاعل في أثناء العمل، فاختلفوا في انفساخ الجعالة بالموت على قولين:

القول الأوَّل: إذا مات الجاعل في أثناء العمل، فلا يخلو إمَّا أن يكون العمل ممَّا لا يتبعَّض كطلب الآبق، وحفر الآبار، فهذا ليس للورثة أن يمنعوه من تمامه.

وإمَّا أن يكون ممَّا يتبعَّض كالحصد، واللَّقط، واقتضاء الدَّين، فهذا لا يلزم ورثة الجاعل أن يبقوه على ذلك، وهذا مذهب المالكيَّة.

القول الثَّاني: تنفسخ الجعالة بالموت، لا شيء للعامل لما عمله بعد موت المالك، فلو ردَّه إلى وارثه استحقَّ من المسمَّى قسط ما عمله في الحياة، وهذا مذهب الشَّافعيَّة، وبه قال الحنابلة. [انظر: المصادر السَّابقة].

مسألةٌ: انفساخ الجعالة بموت العامل:

إذا مات العامل بعد الشُّروع في العمل على قولين:

القول الأوَّل: لا تنفسخ الجعالة بموت العامل؛ لأنَّ عقد الجعالة عقدٌ لازمٌ بالنِّسبة للجاعل إذا شرع العامل في العمل، والموت لا يوجب فسخ العقود اللَّازمة، وعليه فإنَّ للورثة أن يتمُّوا العمل، وليس للجاعل أن يمنعهم من إتمامه، وهذا مذهب المالكيَّة.

القول الثَّاني: تنفسخ الجعالة بموت العامل، ويستحقُّ من المسمَّى قسط ما عمله في الحياة، وهذا مذهب الشَّافعيَّة، وبه قال الحنابلة. [انظر: المصادر السَّابقة].

(بَابُ اللُّقَطَةِ)(١)

بضمِّ اللامِ وفتحِ القافِ، ويُقالُ: لُقاطةٌ، بضمِّ اللامِ، ولَقَطةٌ، بفتحِ اللامِ والقافِ(٢).

---

(١) أي: باب بيان أحكام الملتقط.

(٢) في المطلع ص ٢٨٢: (اللُّقطة: اسمٌ لما يُلقَط، وفيها أربع لغاتٍ؛ نظمها شيخنا ابن مالكٍ فقال:

لُقاطةٌ، ولُقْطةٌ، ولُقَطَهْ ولَقَطٌ ما لاقطٌ قد لَقَطَهْ

فالثَّلاث الأُوَل: بضمِّ اللَّام، والرَّابعة: بفتح اللَّام والقاف...).

وفي المصباح ٢/٥٥٧: (لقطتُ الشَّيء لَقْطًا من باب قتل: أخذتُه من حيث لا يُحِسُّ فهو ملقوطٌ...، والْتَقطت الشَّيء: جمعته، ولقطت العلم من الكتب لقطًا أخذته من هذا الكتاب ومن هذا الكتاب، وقد غلب اللَّقيط على المولود المنبوذ، واللُّقاطة بالضَّمِّ ما التقطت من مالٍ ضائعٍ...، واللُّقَطة: وزان رطبةٍ، قال الأزهري: اللُّقَطة بفتح القاف: اسم الشَّيء الَّذي تجده ملقًى فتأخذه، قال وهذا قول جميع أهل اللُّغة وحذَّاق النَّحويِّين، وقال اللَّيث: هي بالسُّكون، ولم أسمعه لغيره... ومنهم من يعدُّ السُّكون من لحن العوامِّ) اهـ. [انظر: لسان العرب ٧/ ٣٩٢].

وفي تهذيب الصِّحاح ٢/ ٤٦٤: (وتطلق اللُّقَطة بفتح القاف على الرَّجل اللَّقَّاطة للأشياء).

ومن تعريفات الحنفيَّة: (مالٌ معصومٌ معرَّضٌ للضَّياع).

ومن تعريفات المالكيَّة: (مالٌ معصومٌ أخذ من مكان خيف عليه الضَّياع).

ومن تعريفات الشَّافعيَّة: (ما وجد من حقٍّ محترَمٍ غير محرَزٍ، لا يعرف الواجد مستحقَّه). [انظر: حاشية ردِّ المختار ٤/٢٧٦، حاشية ابن عرفة على

(وَهِيَ: مَالٌ[١]**، أَوْ مخْتَصٌّ**[٢] **ضَلَّ عَنْ رَبِّهِ)**، قال بعضُهم[٣]: وهي مختصةٌ بغيرِ الحيوانِ، ويُسمى ضالةً[٤].

(وَ) يُعتبَرُ فيما يجبُ تَعريفُهُ: أن **(تَتْبَعَهُ هِمَّةُ أَوْسَاطِ النَّاسِ)**[٥]، بأن يَهتمُّوا في طَلَبِهِ[٦]، **(فَأَمَّا الرَّغِيفُ، وَالسَّوْطُ)** وهو الذي يُضرَبُ به، وفي شرحِ

الشَّرح الكبير ٤/ ١٣٩، شرح منهج الطُّلَّاب ٣/ ٢٢٢، أحكام اللُّقطة ٣٢].

مسألةٌ: الأصل في الالتقاط: السُّنَّة؛ كما في حديث زيد بن خالدٍ رضي الله عنه وغيره كما يأتي، والإجماع. [انظر: المصادر السَّابقة، المحلَّى ٨/ ٢٦١].

والحكمة من مشروعيَّة اللُّقطة: حفظ متاع النَّاس وأموالهم، وتعويد أفراد المجتمع على الأمانة، والتَّكافل.

(١) كنقدٍ ومتاعٍ، ونحوه من الأموال.

(٢) كالكلب المعلَّم وجلد الميتة، ونحوهما. [انظر: كشَّاف القناع ٤/ ٢٠٩، شرح المنتهى ٢/ ٤٧١].

(٣) الجوهريُّ.

(٤) في المطلع ص ٢٨٢: (الضَّوالُّ: جمع ضالَّةٍ، قال الجوهريُّ: لا يقع إلَّا على الحيوان، فأمَّا الأمتعة فيقال لها لقطةٌ، ويقال للضَّوال: الهوامي والهوافي، والهوامل).

فالضَّالة لا تكون إلَّا في الحيوان، واللُّقطة في غير الحيوان، وهذا قول جماعةٍ من اللُّغويِّين كالقاسم بن سلامٍ، والأزهريِّ، وجمهور الفقهاء.

(٥) وعبَّر بأوساط النَّاس؛ لأنَّ أشرافهم لا يهتمُّون بالشَّيء الكبير، وأسقاطهم قد تتبع هممهم الرَّذيل لا يؤبه له، وهو يختلف باختلاف العرف.

(٦) وهذا هو القسم الأوَّل من أقسام اللُّقطة.

قال ابن قدامة في المغني ٨/ ٢٩٦: (ولا نعلم خلافًا بين أهل العلم في إباحة أخذ يسير اللُّقطة والانتفاع به...).

المُهذَّبِ: (هو فوقَ القضيبِ ودونَ العصا)، (**وَنَحْوُهُمَا**)؛ كشِسْعِ النَّعلِ(١)؛ (**فَيُمْلَكُ**) بالالتقاطِ (**بِلَا تَعْرِيفٍ**)، ويُباحُ الانتفاعُ به(٢)؛ لما روى جابرٌ قال: «**رَخَّصَ النَّبِيُّ ﷺ فِي العَصَا وَالسَّوْطِ وَالحَبْلِ يَلْتَقِطُهُ الرَّجُلُ يَنْتَفِعُ بِهِ**» ......

ودليل جواز الانتفاع باليسير، وعدم وجوب تعريفه: ما رواه أنسٌ ﷺ قال: «مرَّ النَّبيُّ ﷺ بتمرةٍ في الطَّريق، قال: «لو لا أنِّي أخاف أن تكون من الصَّدقة لأكلتها»، رواه البخاريُّ.

وفي مصنف عبد الرَّزَّاق ١٠/ ١٤٤: «أنَّ عمر ﷺ مرَّ بتمرةٍ في الطَّريق فأكلها»، وروى أيضًا عن ابن عمر نحوه.

وإذا جاء صاحبها ووجدها في يد الملتقط قبل أن يستهلكها دفعها إليه؛ لقوله ﷺ: «من وجد عين ماله فهو أحقُّ بها»، متَّفقٌ عليه.

وعند الحنفيَّة، والمالكيَّة، والشَّافعيَّة: يعرّف القليل والكثير، على خلافٍ بينهم في مدَّة تعريف المال القليل.

جاء في الهداية: (فإن كانت أقلَّ من عشرة دراهم عرَّفها أيَّامًا، وإن كانت عشرةً فصاعدًا عرَّفها حولًا، هذه روايةٌ عن أبي حنيفة)، وظاهر الرِّواية لا فرق بين القليل والكثير، وقال ابن عبد البرِّ: (ومن التقط شيئًا غير الحيوان...، ولو درهمًا واحدًا فإنَّه يلزمه تعريف ذلك سنةً كاملةً...، وقد قيل: إنَّ الدِّرهم والدِّرهمين ونحو ذلك يعرَّف أيَّامًا، ويعرَّف الدِّينار شهرًا ونحوه، وهذا عندي لا وجه له؛ لأنَّ السُّنَّة الواردة بتعريف اللُّقطة لم تفرِّق بين القليل والكثير).

وقال النَّوويُّ: (وأمَّا الشَّيء الحقير فيجب تعريفه زمنًا يُظَنُّ أنَّ فاقده لا يطلبه في العادة أكثر من ذلك الزَّمان). [انظر: المبسوط ١٠/ ٢، فتح القدير ٤/ ٤٢٦، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/ ١٢٢، المعاملات الماليَّة ١٩/ ٤٤٩].

(١) السَّير الَّذي يدخل بين الإصبعين.

(٢) في الحال، وتقدَّم قريبًا قول الموفَّق: (بلا خلافٍ).

رواه أبو داودَ[(١)]، وكذا التَّمرةُ، والخِرقةُ، وما لا خَطَر له، ولا يَلزَمُه دَفعُ بَدَلِه[(٢)].

(وَمَا امْتَنَعَ مِنْ سَبُعٍ صَغِيرٍ)[(٣)]؛ كذئبٍ[(٤)]، ويَرِدُ الماءَ[(٥)]؛ ....

---

(١) رواه أبو داود (١٧١٧) من طريق المغيرة بن زياد، عن أبي الزبير المكي، أنه حدثه عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما به.

وأشار أبو داود بعده إلى ترجيح الموقوف، فقال: (ورواه شبابة، عن مغيرة بن مسلم، عن أبي الزبير، عن جابر قال: كانوا، لم يذكروا النبي ﷺ)، ومغيرة بن مسلم أوثق من المغيرة بن زياد، فابن زياد صدوق له أوهام، وقد قال أحمد: (كل حديث رفعه مغيرة بن زياد فهو منكر)، ولذا قال البيهقي: (في رفع هذا الحديث شك، وفي إسناده ضعف)، وقال ابن حجر: (وفي إسناده ضعف، واختلف في رفعه ووقفه)، وضعفه الألباني. [انظر: الكامل في الضعفاء ٨/ ٧٤، السنن الكبرى ٦/ ٣٢٢، فتح الباري ٥/ ٨٥، تقريب التهذيب ص٥٤٣، الإرواء ٦/ ١٥].

(٢) وتقدَّم قريبًا أنَّه إذا جاء صاحبها قبل أن تستهلك وجب على الملتقط دفعها إليه.

(٣) وهذا القسم الثَّاني من أقسام اللُّقطة، وهو ما يحرم التقاطه، وهو نوعان:

الأوَّل: الضَّوالُّ، وهو كلُّ ما يتحفَّظ بنفسه من الحيوانات ويمتنع من صغار السِّباع إمَّا لكبرِ جثته أو سرعة عدوه أو لطيرانه، أو لنابه، فيحرم أخذه؛ لما استدلَّ به المؤلِّف.

(٤) وثعلبٍ، وابن آوى، وولد الأسد.

(٥) وعند الحنفيَّة: يجوز التقاط الإبل وغيرها من الحيوانات، والأفضل أن يأخذها ويعرِّفها كغيرها، ولا يتركها تضيع، لما روى ثابت بن الضَّحَّاك الأنصاريُّ، أنَّه وجد بعيرًا بالحرَّة فعقله، ثمَّ ذكره لعمر بن الخطَّاب فأمره عمر

....

أن يعرِّفه ثلاث مرَّاتٍ، فقال له ثابتٌ: إنَّه قد شغلني عن ضيعتي، فقال له عمر: أرسله حيث وجدتَه، [انظر: الموطَّأ ٢/٧٥٩]، إسناده صحيحٌ.

ذهب المالكيَّة: أنَّ الاختيار في ضالَّة الإبل تركها، فإن أخذها وجب تعريفها، فإن لم تعرَّف ردَّت حيث وجدت.

وهذا حكم ضالَّة الإبل في جميع الأزمنة في مشهور المذهب، وقيل: إنَّما هو في زمان العدل، وأنَّ الأفضل في زمان غير العدل التقاطها؛ لما تقدَّم عن عمر رضي الله عنه، روى مالكٌ، أنَّه سمع ابن شهابٍ يقول: كانت ضوالُّ الإبل في زمان عمر بن الخطَّاب إبلًا مؤبَّلةً تَنَاتَجُ، لا يمسُّها أحدٌ، حتَّى إذا كان زمان عثمان بن عفَّان، أمر بتعريفها، ثمَّ تباع، فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها. [انظر: الموطَّأ ٢/٧٥٩] منقطعٌ، الزُّهريُّ لم يدرك عمر ولا عثمان.

وعند الشَّافعيَّة: جواز التقاطها للحفظ مطلقًا في الصَّحراء والمصر.

ولا يجوز التقاطها للتَّملُّك في الصَّحراء الآمنة، ويجوز للحفظ في الأصحِّ.

ويجوز في الأصحِّ التقاطها في المصر مطلقًا للتَّملُّك أو للحفظ، ومثله في الصَّحراء إذا لم تكن آمنةً كما لو كان الزَّمن زمن نهبٍ.

دليل من فرَّق بين الصَّحراء الآمنة وبين المصر:

استدلُّوا بحديث زيد بن خالدٍ رضي الله عنه في الصَّحيح: «أنَّ أعرابيًّا سأل النَّبيَّ ﷺ عن اللُّقطة، والضَّالَّة، وفيه: وسأله عن ضالَّة الإبل؟ فتمعَّر وجهه، وقال: ما لك ولها؟ معها سقاؤها وحذاؤها تَرِد الماء، وتأكل الشَّجر، دعها حتَّى يجدها ربُّها، وسأله عن ضالَّة الغنم؟ فقال: هي لك أو لأخيك أو للذئب».

أنَّ قوله ﷺ في ضوالِّ الإبل: «معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشَّجر» يختصُّ بالبادية الَّتي يكون فيها الماء والشَّجر دون المصر، يجوز للإمام أو نائبه أخذها وحفظها لربِّها، وبه قال الشَّافعيَّة والحنابلة. أنَّ أخذ مال الغير

(كَثَوْرٍ وَجَمَلٍ وَنَحْوِهِمَا)؛ كالبغالِ، والحميرِ[(١)]، والظباءِ، والطيورِ، والفهودِ، ويُقالُ لها: الضَّوالُّ، والهَوامِي، والهَوامِلُ؛ **(حَرُمَ أَخْذُهُ)**؛ لقولِه ﷺ لما سُئل عن ضالَّةِ الإبلِ: «**مَا لَكَ وَلهَا؟**[(٢)] **مَعَهَا سِقَاؤُهَا، وَحِذَاؤُهَا**[(٣)]»،

بنيَّة إحرازه وحفظه لصاحبه من باب التَّعاون على البرِّ والتَّقوى، لقوله ﷺ في حديث زيد بن خالدٍ الجهنيِّ: «ترد الماء وتأكل الشَّجر»، متَّفقٌ عليه. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) أمَّا الإبل والخيل والبغال فلكبر جثَّتها.

وفي الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٦/ ١٩٥: (والبقر كالإبل نصَّ عليه أحمد، وهو قول الشَّافعيِّ، وحكي عن مالكٍ: أنَّ البقرة كالشَّاة.

ولنا خبر جريرٍ فإنَّه طرد البقرة ولم يأخذها، ولأنَّها تمتنع من صغار السِّباع، وتجزئ في الأضحيَّة عن سبعةٍ كالإبل).

وأمَّا الحمير، فقال الموفَّق في المغني ٨/ ٣٤٤: (جعلها أصحابنا من هذا القسم الَّذي لا يجوز التقاطه لكبر جسمها كالخيل والبغال، والأَولى إلحاقها بالشَّاة؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ علَّل الإبل بأنَّ معها سقاءها والحمر مساويةٌ للشَّاة في علَّتها، فإنَّها لا تمتنع من الذِّئب، وتفارق الإبل في علَّتها، لكونها لا صبر لها على الماء، وإلحاق الشَّيء بما ساواه في علَّة الحكم وفارقه في الصُّورة أَولى من إلحاقه بما قاربه في الصُّورة، وفارقه في الحكم) اهـ.

وأمَّا الفهود فلأنيابها، وأمَّا الظِّباء فلسرعة عدوها، وأمَّا الطُّيور فلطيرانها.

ولا يلتقط الطَّير والظِّباء ونحوها إذا أمكن صاحبها إدراكها.

(٢) استفهام إنكارٍ.

(٣) سقاؤها: جوفها، وحذاؤها: خُفُّها، والمراد شدَّة صبرها عن الماء، لكثرة ما تُوعِي في بطونها منه، وقوَّتها على وروده. [انظر: النِّهاية ١/ ٣٥٧]. [انظر: الشَّرح الكبير مع الإنصاف ٦/ ١٩٥].

تَرِدُ المَاءَ، وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَجِدَهَا رَبُّهَا»[١] متفقٌ عليه[٢]، وقال عمرُ: «**مَنْ أَخَذَ الضَّالَّةَ فَهُوَ ضَالٌّ**»[٣]، أي: مخطئٌ، فإن أَخَذها ضَمِنها[٤]، ....

(١) ولأحمد وغيره مرفوعًا: «لا يُؤوِي الضَّالَّة إلَّا ضالٌ».

وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٦/ ١٩٤: (ومنها: يجوز للإمام ونائبه أخذ ما يمتنع من صغار السِّباع وحفظه لربِّه ولا يلزمه تعريفه، قاله الأصحاب...، وقال المصنِّف - أي: ابن قدامة - يجوز أخذها إذا خيف عليها كما لو كانت في أرضٍ مَسْبَعةٍ، أو قريبًا من دار الحرب، أو بموضعٍ يستحلُّ أهله أموال المسلمين، أو في برِّيَّة لا ماء فيها ولا مرعًى، ولا ضمانَ على آخذها لأنَّه إنقاذٌ من الهلاك، قال الحارثيُّ: وهو كما قال. قلت: لو قيل بوجوب أخذها والحالة هذه لكان له وجهٌ.

ومنها: قطع المصنِّف والشَّارح بجواز التقاط الصُّيود المتوحِّشة الَّتي إذا تركت رجعت إلى الصَّحراء بشرط أن يعجز عنها صاحبها...، وظاهر ما قدَّمه في الفروع: عدم الجواز، قلت: وهو ضعيف) اهـ.

(٢) رواه البخاري (٩١)، ومسلم (١٧٢٢) من حديث زيد بن خالد رضي الله عنه.

(٣) رواه مالك (٢٨٠٩)، وعبد الرزاق (١٨٦١١)، وابن أبي شيبة (٢١٦٧٤) من طرق صحيحة عن سعيد بن المسيب، أن عمربن الخطاب قال وهو مسند ظهره إلى الكعبة: «من أخذ ضالة فهو ضال»، قال يحيى القطان: (سعيد بن المسيب عن عمر رضي الله عنه مرسل، يدخل في المسند على المجاز)، وذكر ابن القيم احتجاج العلماء بمرسل سعيد عن عمر، وعدَّ رده من باب الهذيان البارد. [انظر: زاد المعاد ٥/ ١٦٦، جامع التحصيل ص١٨٤].

(٤) فإن كتمها حتَّى تلفت فالمذهب: تضمن بقيمتها مرَّتين لحديث أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال في الضَّالة المكتومة: «غرامتها، ومثلها معها». رواه أبو داود، وعبد الرَّزَّاق، والبيهقيُّ، عن أبي هريرة رضي الله عنه، وفي إسناده عمرو بن مسلمٍ

وكذا نحو حَجرِ طاحونٍ، وخشبٍ كبيرٍ[(١)].

(وَلَهُ الْتِقَاطُ غَيْرِ ذَلِكَ)، أي: غير ما تقدَّم مِن الضَّوالِّ ونحوِها[(٢)]، ....

الجنديُّ وهو ضعيفٌ، وفي الباب آثار عن بعض الصَّحابة. [انظر: الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٦/١٩٦].

(١) وهذا هو النَّوع الثَّاني ممَّا يحرم التقاطه: ما يتحفظ بنفسه ولا يبرح عن مكانه من الأموال كما مثل المؤلِّف وكمثل القدور والآلات ونحو ذلك فهو كالإبل في تحريم أخذه، بل أَولى؛ لأنَّ الإبل معرَّضةٌ للتَّلف في الجملة بالأسد والجوع والعطش وغير ذلك، وهذه بخلافها. [انظر: المصدر السَّابق].

(٢) وهذا هو القسم الثَّالث من أقسام اللُّقطة: وهو ما يشرع التقاطه، ويشمل ما لا يمتنع من صغار السِّباع، وما لا يتحفظ بنفسه من الأموال.

وعند الحنفيَّة: يجوز التقاط ضالَّة الحيوان من غير فرقٍ بين الإبل والغنم، والأفضل أن يأخذها ويعرِّفها كغيرها، ولا يتركها تضيع.

لأنَّ هذه الضَّالَّة يتوهَّم ضياعها، فيستحبُّ أخذها وتعريفها صيانةً لأموال النَّاس.

وذهب المالكيَّة: أنَّ الشَّاة إذا وجدها في الصَّحراء، ولم يتيسَّر حملها ولا سوقها للعمران، فله أكلها، ولا يعرِّفها، ولا ضمان عليه، فإن تيسَّر حملها أو سوقها للعمران حملت أو سيقت وعرَّفها وجوبًا، وليس له أكلها، فإن أكلها ضمنها، فإن حملها مذبوحةً فربُّها أحقُّ بها إن علم به قبل أكلها، وعليه أجرة حملها، وإن وجد الشَّاة فيما قرب من العمران وجب عليه تعريفها؛ لأنَّ قوله في ضالَّة الغنم: «هي لك أو لأخيك أو للذِّئب» إشارةٌ إلى أنَّ هذا حكمها إذا كان يخشى عليها الذِّئب، وفي العمران لا يخشى عليها من الذِّئب فيكون حكمها حكم اللُّقطة، من أخذها وجب عليه تعريفها كسائر الأموال.

وذهب الشَّافعيَّة: إلى أنَّ ضالَّة الغنم وكذا كلُّ حيوانٍ مأكولٍ لا يمتنع بنفسه

عن صغار السِّباع إن وجده في الصَّحراء كان الواجد مخيَّرًا بين ثلاثة أشياء:

أحدها: أن يمسكها، ويعرِّفها، ثمَّ يتملَّكها.

الثَّاني: أن يبيعها ويستقلَّ واجدها بالبيع إن لم يجد حاكمًا، وإن وجده استأذنه في البيع، ويحفظ ثمنها، ويعرِّفها، ثمَّ يتملَّك الثَّمن.

الثَّالث: أن يأكلها إن كانت مأكولةً ويغرم قيمتها.

والخصلة الأُولى أَولى من الثَّانية؛ لأنَّه يحفظ العين على صاحبها، والثَّانية أَولى من الثَّالثة؛ لأنَّه إذا أكلها استباحها قبل الحول، وإذا باع لم يملك الثَّمن إلَّا بعد الحول.

وإن وجده في العمران، فله الإمساك مع التَّعريف والتَّملُّك، وله البيع والتَّعريف وتملُّك الثَّمن.

وفي الأكل قولان، أظهرهما عند الأكثرين: المنع؛ لأنَّ البيع في العمران أسهل، هذا إذا كانت مأكولةً.

فأمَّا الجحش وصغار ما لا يؤكل فله فيه خصلتان:

الأولى: أن يمسكها، ويعرِّفها، ثمَّ يتملَّكها.

الثَّاني: أن يبيعها، ويحفظ ثمنها، ويعرِّفها، ثمَ يتملَّك الثَّمن.

وفي جواز تملُّكها في الحال، وجهان، أصحُّهما: لا يجوز تملُّكها حتَّى تعرَّف سنةً كغيرها ودليل جواز تملكها في الحال بالقيمة قوله ﷺ: «هي لك أو لأخيك أو للذِّئب»، فقوله: «هي لك» دليلٌ على إباحة تملُّكها في الحال.

وعند الحنابلة: يلزم الملتقط للشَّاة ونحوها فعل الأحظِّ من أكلها وعليه قيمتها، أو بيعها وحفظ ثمنها لصاحبها، ولا يحتاج إلى إذن الإمام في الأكل والبيع، ويلزمه حفظ صفتها فيهما، أو حفظها والإنفاق عليها من ماله، ولا يملكه فإذا جاء صاحبه استلمه، ويرجع الملتقط بما أنفق على الحيوان إن نوى

(**مِنْ حَيَوانٍ**)؛ كغنمٍ وفُصلانٍ[١] وعَجاجِيلَ[٢] وأفْلاءٍ، (**وَغَيْرِهِ**)، كأثمانٍ، ومتاعٍ[٣]، (**إِنْ أَمِنَ نَفْسَهُ عَلَى ذَلِكَ**)، وقَوِيَ على تعريفِها[٤]؛ لحديثِ زيدِ بنِ خالدٍ الجُهَني قال: سُئل النبي ﷺ عن لُقَطةِ الذَّهبِ والوَرِقِ، فقال: «**اعْرِفْ وِكَاءَهَا، وَعِفَاصَهَا**[٥]، **ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً**[٦]، ....

الرُّجوع، ما لم يتعدَّ بأن التقطه لا ليعرفه، أو بنيَّة تملُّكه في الحال، فإن استوت الثَّلاثة خير بينها؛ لحديث زيد بن خالدٍ، وفيه تجويز أكلها.

وأمَّا الدَّليل على جواز حفظها لصاحبها: فلأنَّ هذا هو الأصل باعتبار أنَّه مالٌ مملوكٌ للغير. [انظر: حاشية ردِّ المختار ٤/ ٢٧٦، الشَّرح الصَّغير وحاشيته ٤/ ١٧٠، نهاية المحتاج ٥/ ٤٢٤، الكافي لابن قدامة ٣/ ٣٥٢، شرح المنتهى ٢/ ٤٧٤، أحكام اللُّقطة ٥٥، المعاملات الماليَّة ١٩/ ٤٦٤].

(١) في المصباح ٢/ ٤٧٤: (الفصيل: ولد النَّاقة؛ لأنَّه يفصل عن أمِّه؛ فهو فعيلٌ بمعنى مفعولٍ، والجمع فصلانٌ بضم الفاء وكسرها، وقد يجمع على فِصالٍ) اهـ.

(٢) في المصباح ٢/ ٣٩٤: (العجل: ولد البقرة ما دام له شهرٌ، وبعده يتنقل عن الاسم، والأنثى عجلةٌ، والجمع عجولٌ) اهـ.

(٣) الأثمان: الذَّهب والفضَّة، والمتاع: نحو الثَّوب، والقدر الصَّغير، والكتاب، ونحو ذلك وكمريضٍ من كبار إبلٍ، سواءٌ وجد ذلك بمصرٍ، أو بمهلكةٍ لم ينبِذه ربُّه رغبةً عنه.

(٤) ولا يضمن إن تلفت بلا تعدٍّ ولا تفريطٍ، وإن تعدَّى أو فرَّط ضمن.

(٥) في المصباح ٢/ ٦٧٠: (الوكاء، مثل كتابٍ: حبلٌ يشدُّ به رأس القِربة)، ٢/ ٤١٨: (العِفاص: الوعاء الَّذي تكون فيه النَّفقة من جلدٍ أو خرقةٍ، أو غير ذلك).

(٦) أي: اذكرها للنَّاس في مظانِّ اجتماعهم من الأسواق، وأبواب المساجد

فَإِنْ لَمْ تُعْرَفْ فَاسْتَنْفِقْهَا[(١)]، وَلْتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ[(٢)]، فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ»[(٣)]، وسأله عن الشاةِ، فقال: «خُذْهَا، فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ، أَوْ لِأَخِيكَ، أَوْ لِلذِّئْبِ»[(٤)] متفقٌ عليه[(٥)] مُختصَرًا[(٦)]، والأفضلُ تَرْكُها، رُوي عن ابنِ عباسٍ[(٧)]، وابنِ عمرَ[(٨)].

والمجامع ونحو ذلك سنةً، ويأتي.

(١) وفي لفظٍ: «إن جاء صاحبها فادفعها إليه، وإلَّا فشأنك بها».

(٢) أي: أمانةً مدَّة الحول.

(٣) وفي لفظٍ: «فإن جاء صاحبها فأعطها إيَّاه»، أي: إذا وصفها بالصِّفات الَّتي اعتبرها الشَّارع.

(٤) فالحديث دليلٌ على جواز أخذها؛ كأنَّه قال: هي ضعيفةٌ لعدم الاستقلال، معرَّضةٌ للهلاك، متردِّدةٌ بين أن تأخذها أنت، أو أخوك، أو يأكلها الذِّئب، بل حثَّه على أخذها؛ لأنَّه إذا علم أنَّها إن لم يؤخذ بقيت للذِّئب كان أدعى له إلى أخذها. [انظر: حاشية ابن قاسم ٥/٤٠٩].

الحديث تقدَّم تخريجه بألفاظٍ متعدِّدةٍ من حديث زيد بن خالدٍ الجهنيِّ.

(٥) تقدم قريبًا.

(٦) أي: لم يسقه بتمامه، وإنما ساق المقصود منه.

(٧) رواه عبد الرزاق (١٨٦٢٤)، وابن أبي شيبة (٢١٦٦٣)، والبيهقي (١٢٠٨٢)، من طريق قابوس بن أبي ظبيان، عن أبيه، عن ابن عباس، كان يقول: «لا ترفع اللقطة لست منها في شيء»، وقال: «تركها خير من أخذها»، وقابوس فيه لين، وأبوه مجهول. [انظر: تقريب التهذيب ص٤٤٩، ص٦٥٢].

(٨) رواه مالك (٢٨٠٤)، وابن أبي شيبة (٢١٦٤١) من طريق نافع عن ابن عمر، ورواه عبد الرزاق (١٨٦٢٣) من طريق سالم، قال: وجد رجل ورقًا فأتى بها ابن عمر فقال له: «عرفها»، فقال: قد عرّفتها فلم أجد أحدًا يعترفها،

(وَإِلَّا) يَأْمَنْ نفسَهُ عليها؛ (فَهُوَ كَغَاصِبٍ)[1]، فليس له أخذُها؛ لما فيه مِن

أفأدفعها إلى الأمير؟ قال: «إذًا يقبلها»، قال: أفأتصدق بها؟ قال: «وإن جاء صاحبها، غرمتها» قال: فكيف أصنع؟ قال: «قد كنت ترى مكانها أن لا تأخذها»، وإسناده صحيح.

(١) لحكم أخذ اللُّقطة أحوالٌ:

الحال الأولى: أن يثق بأمانة نفسه، ولا يخشى على اللُّقطة، فهنا أخذها لا يحرم، والخلاف في الأفضل:

عند الحنفيَّة، والشَّافعيَّة: يستحبُّ أخذها؛ لأنَّ اللُّقطة إذا لم يكن لها بالٌ لم يطلبها صاحبها، ولا تشحُّ بها النُّفوس.

وعند المالكيَّة: يكره أخذها.

وعند الحنابلة: الأفضل تركها.

وعن مطرِّفٍ عن أبيه، أنَّ رجلًا قال: يا رسول الله، هوامَّ الإبل نصيبها؟ قال: «ضالَّة المسلم حرق النَّار». اختلف في إرساله ووصله، والرَّاجح وصله.

وروى ابن أبي شيبة في المصنَّف من طريق عبد الله بن دينارٍ، قال: قلت لابن عمر: وجدت لقطةً، قال: «ولم أخذتها؟».

إسناده صحيحٌ.

الحال الثَّانية: أن يعلم خيانة نفسه، فباتِّفاق الأئمَّة يحرم عليه أخذها؛ لأنَّه بأخذه لها يكون قد تعدَّى على مال الغير، عن زيد بن خالدٍ الجهنيِّ رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من آوى ضالَّة فهو ضالٌّ، ما لم يعرِّفها»، رواه مسلم.

الحال الثَّالثة:

أن يخاف على اللُّقطة من الخونة، فاختلفوا في وجوب أخذها:

فقيل: يجب أخذها، وهو مذهب الحنفيَّة، والمالكيَّة.

وقيل: لا يجب أخذها، وهو مذهب الشَّافعيَّة والحنابلة.

تضييعِ مالِ غيرِهِ[١]، ويَضمَنُها إن تَلِفَت، فَرَّط أو لم يُفرِّط، ولا يَملِكُها وإن عَرَّفها[٢].

ومَن أَخَذها ثم رَدَّها إلى موضِعِها[٣]، ....

واختلف الحنابلة في الأفضل:

فقيل: الأفضل تركها لأثر ابن عمر وابن عبَّاسٍ ﵃ ولا مخالف لهما من الصَّحابة، وهذا هو المشهور من المذهب.

وقيل: الأفضل أخذها، اختاره بعضهم لما في ذلك من حفظ مال أخيك المسلم.

دليل من أوجب أخذها: قال تعالى: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾. [انظر: حاشية ردِّ المختار ٤/ ٢٧٦، الشَّرح الصَّغير وحاشيته ٤/ ١٧٠، نهاية المحتاج ٥/ ٤٢٤، الكافي لابن قدامة ٣/ ٣٥٢، شرح المنتهى ٢/ ٤٧٤، أحكام اللُّقطة ٥٥، المعاملات الماليَّة ١٩/ ٤٦٤].

(١) فهو كإتلافها، وكما لو نوى تملُّكها في الحال أو كتمانها.

(٢) وفي الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٦/ ٢٠٦: (ويحتمل أنَّه يملكها؛ لأنَّ ملكها بالتَّعريف والالتقاط وقد وجدا، كما إذا دخل ملك غيره بغير إذنه فاصطاد أو احتشَّ منه مَلَكَ الصَّيد والحشيش، وإن كان دخوله محرَّمًا، ولأنَّ عموم النَّصِّ يتناول هذا الملتقط فيثبت حكمه فيه).

(٣) فالمذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: أنَّه إذا ردَّها إلى موضعها يضمن، إلَّا أن يكون ذلك بإذن الإمام أو نائبه؛ لأنَّها أمانةٌ حصلت في يده، فلزمه حفظها كسائر الأمانات.

وعند الحنفيَّة: لا يخلو الأمر من حالين:

الحال الأولى: أن يكون قد أخذها ليحفظها ويعرِّفها، ثمَّ يردَّها إلى صاحبها، فإذا ردَّها إلى مكانها لا ضمان عليه؛ لأنَّ أخذها للتعريف لم يكن

أو فَرَّط فيها؛ ضَمِنها[١].

ويخيَّرُ في الشاةِ ونحوِها[٢] بينَ ذبحِها وعليه القيمةُ[٣]، أو بيعِها ويَحفظُ ثمنَها[٤]، ....

سببًا للضَّمان، وكذا ردُّها إلى مكانها؛ لأنَّه نسخٌ لفعله كردِّ الوديعة والمغصوب إلى مالكهما.

الحال الثَّانية: أن يأخذها لنفسه، ثمَّ يردَّها إلى مكانها، فيضمن؛ لأنَّ أخذها لنفسه موجبٌ للضَّمان، وبعد وجوب الضَّمان لا يبرأ إلَّا بالرَّدِّ على المالك كالغاصب.

وعند المالكيَّة: إن أخذها لأجل الحفظ والتَّعريف فردَّها ضمن.

وإن أخذها ليتأمَّلها أو ليسأل جماعةً عنها، فإن ردَّها في مكانها أو بالقرب فلا ضمان، وإلَّا ضمن.

وإن أخذها بنيَّة الخيانة، وردَّها إلى مكانها فيضمن لوجوب ردِّها إلى صاحبها. [انظر: المبسوط ١١/ ١٣، بدائع الصَّنائع ٨/ ٣٨٦٨، شرح الخرشيِّ ٧/ ١٢٦، الشَّرح الصَّغير ٤/ ١٧٣، مغني المحتاج ٢/ ٤١١، منار السَّبيل ١/ ١٦٥].

(١) كسائر الأمانات، إلَّا أن يكون ردَّها بإذن الإمام أو نائبه كما تقدَّم.

(٢) ممَّا يجوز التقاطه من صغار السِّباع كفصلانٍ، وعجاجيل، وأَفْلاءٍ، ودجاجٍ، ونحو ذلك، ويلزمه فعل الأصحِّ؛ إذ القاعدة: أنَّ من اختار لغيره؛ فخياره خيار مصلحةٍ، ومن اختار لنفسه؛ فخياره خيار تشهٍّ.

(٣) أي: ذبح الشَّاة ونحوها، وعليه قيمتها في الحال، وفي الشَّرح الكبير مع الإنصاف ١٦/ ٢١٨: (قال ابن عبد البرِّ: أجمعوا على أنَّ ضالَّة الغنم في الموضع المخوف عليها له أكلها).

(٤) ولو بلا إذن الإمام؛ لأنَّه إذا جاز أكلها بلا إذنه فبيعها أَولى.

أو يُنفِقُ عليها مِن مالِهِ بنيَّةِ الرُّجوعِ[١].

وما يُخشَى فَسادُه له بيعُه وحِفظُ ثمنِهِ[٢]، أو أكلُهُ بقيمتِهِ، أو تجفيفُ ما يُمكِنُ تَجفيفُهُ[٣].

(**وَيُعَرِّفُ الجَمِيعَ**)[٤] وجوبًا؛ ....

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات: (وإذا باع الملتقط اللُّقطة بعد الحول فالأشبه أنَّ المالك لا يملك انتزاعها من المشتري مجَّانًا).

(١) فإن نوى الرُّجوع رجع، وإن نوى التَّبرُّع لم يرجع، وإن لم ينو شيئًا، فالأقرب: أنَّه يرجع.

(٢) أي: وما يخشى فساده بإبقائه كخَضْراواتٍ وفواكه ونحوها، فللملتقط بيعه بلا حكم حاكمٍ، وحفظ ثمنه لصاحبه.

(٣) كعنبٍ، وغرامة التَّجفيف منه، ويفعل ما يرى الأحظَّ فيه، وإن تركه حتَّى تلف ضمنه.

(٤) فورًا؛ والفوريَّة مذهب الحنابلة، والمالكيَّة؛ لأنَّه مقتضى الأمر سواءٌ كان الملتقَط حيوانًا، أو أثمانًا، أو متاعًا، وسواءٌ التقطه تملُّكًا، أو حفظًا لربِّه، وعليه إذا أخَّر تعريفها ضمن، قال ابن اللَّحام في القواعد ٦٥٥: (فلو أخَّر مع الإمكان فلا إشكال في الإثم واستقرار الضَّمان، ذكره في التَّلخيص وغيره، وهل يسقط التَّعريف؟

ذكر القاضي أبو يعلى وأبو محمَّدٍ أنَّه يسقط في ظاهر كلام أحمد.

ولنا وجهٌ: بانتفاء السُّقوط، قال الحارثيُّ: وهو الصَّحيح).

وعند الشَّافعيَّة في أصح القولين: لا يجب أن يكون التَّعريف على الفور، بل المطلوب تعريفها سنةً متى أراد؛ وحجة هذا القول أن صيغة (عَرِّفْها) طلبٌ للتَّعريف في الزَّمن المستقبل، فإذا عرَّفها في أيِّ وقتٍ كان المأمور ممتثلًا للأمر.

لحديثِ زيدٍ السابِقِ(١)، نَهارًا (**فِي مجَامِعِ النَّاسِ**)؛ كالأسواقِ، وأبوابِ المساجِدِ في أوقاتِ الصَّلواتِ(٢)(٣)؛ لأنَّ المقصودَ إشاعةُ ذِكرِها وإظهارُها؛ لِيَظهَرَ عليها صاحبُها، (**غَيْرَ المَساجِدِ**)، فلا تُعرَّفُ فيها(٤)، (**حَوْلًا**) كامِلًا(٥)،

---

(١) وهو المذهب، وقول جمهور أهل العلم؛ لقوله ﷺ: «ثمَّ عرِّفها سنةً»، والأمر للوجوب.

وعند الشَّافعيَّة: إن أراد أن يتملَّكها وجب عليه تعريفها قولًا واحدًا، وإن أراد أن يحفظها لصاحبها، فهل يجب عليه تعريفها، فيه وجهان في مذهب الشَّافعيَّة، المشهور أنَّه لا يجب عليه تعريفها؛ لأنَّ التَّعريف يراد للتَّملُّك وإباحة أكلها.

(٢) في الإنصاف مع الشَّرح ١٦/ ٢٢٧: (وهذا بلا نزاعٍ في الجملة).

(٣) أدبار الصَّلوات فيتحرَّى مجامع النَّاس.

(٤) لأنَّها لم تُبن لهذا، وأمر عمر رضي الله عنه بتعريف اللُّقطة على باب المسجد، وذكر القسطلانيُّ: لعلَّه إذا وقع التَّعريف برفع الصَّوت؛ لحديث: «من سمع رجلًا يَنْشُدُ ضالَّةً في المسجد فليقل: لا ردَّها الله عليك»، أمَّا لو سأل الجماعة في المسجد بدون ذلك، فلا تحريم ولا كراهة.

(٥) أوَّلًا: في تعريف ما يسرع إليه الفساد:

إذا كانت اللُّقطة ممَّا لا يبقى فإنَّه يعرِّفها مدَّةً حتَّى يخاف فسادها، ثمَّ يتصدَّق بها، وهذا مذهب الحنفيَّة.

وذهب المالكيَّة: أنَّ الملتقط إذا أخذ ما يخشى فساده، ولا يبقى في أيدي النَّاس، فلا يجب عليه تعريفه، ويجوز له أن يأكله ولو وجده في العمران، ولا ضمان عليه في أكله، وظاهره سواءٌ كان له ثمنٌ أو كان تافهًا لا ثمن له، بالقياس على لقطة الغنم، فقوله في ضالَّة الغنم: «هي لك أو لأخيك أو للذِّئب».

وعند الشَّافعيَّة لا يخلو من أمرين: الأوَّل: أن يبيعه بإذن الحاكم، فإن لم يجد الحاكم باعه استقلالًا، ثمَّ يعرِّفه بعد بيعه ليتملَّك ثمنه بعد التَّعريف.

. . . .

الثَّاني: أن يتملَّكه في الحال ويأكله، ويغرم قيمته مطلقًا أي: سواءٌ وجده في مفازةٍ، أو عمرانٍ، وسواءٌ أكان في زمن أمنٍ أم غيره، وإنَّما جاز أكله في العمران؛ لأنَّه ممَّا يسرع فساده بخلاف الغنم في العمران.

وعند الحنابلة: ما يخشى فساده، فإن كان ممَّا لا يمكن تجفيفه كالفاكهة والخَضْراوات فيلزمه فعل الأحظِّ من أكله، وعليه قيمته، أو بيعه بلا حاكمٍ وحفظ ثمنه، وقيَّد بعضهم الخيار بين الأكل والبيع بعد تعريفه مدَّةً لا يفسد فيها؛ لقوله ﷺ: «هي لك أو لأخيك أو للذِّئب»، فقوله: «هي لك» دليلٌ على إباحة تملُّكها في الحال.

ثانيًا: في تعريف ما لا يتطرَّق إليه الفساد: يعرَّف حولًا؛ هذا هو المذهب، وهو ظاهر ما حكى ابن القاسم عن مالكٍ في المدوَّنة؛ لحديث زيد بن خالدٍ الجهنيِّ؛ ولأنَّ السَّنَةَ لا تتأخَّر عنها القوافل، ويمضي فيها الزَّمان الَّذي تقصد فيه البلاد من الحرِّ والبرد والاعتدال، فصَلَحت قدرًا.

وعند أبي حنيفة: التَّفريق بين القليل والكثير، فإن كانت أقلَّ من عشرة دراهم عرَّفها أيَّامًا حسب ما يرى أنَّها كافيةٌ للإعلام، وإن كانت عشرةً فصاعدًا عرَّفها حولًا؛ لأنَّ التَّقدير بالحول ورد في لقطةٍ كانت مائة دينارٍ تساوي ألف درهمٍ.

وعند الشَّافعيَّة: التَّفريق، فما له بالٌ يعرَّف سنةً، قال النَّوويُّ في الرَّوضة: (وإن كان متموَّلًا مع قلَّته، وجب تعريفه، وفي قدر تعريفه وجهان: أشبههما باختيار معظم الأصحاب: لا يجب سنةً، فعلى هذا أوجهٌ:

أحدها: يكفي مرَّةً.

والثَّاني: ثلاثة أيَّامٍ.

وأصحُّها: مدَّةً يُظنُّ في مثلها طلب فاقده له، فإذا غلب على الظَّنِّ إعراضه سقط، ويختلف ذلك باختلاف المال).

رُوي عن عمر(١)، ....

وقيل: تعرَّف ثلاثة أعوامٍ؛ لما رواه البخاريُّ ومسلمٌ من طريق غندر، حدَّثنا شعبة، عن سلمة بن كهيلٍ، قال: سمعت سُويد بن غَفَلة، عن أبيٍّ بن كعبٍ، قال: «إنِّي وجدت صُرّةً فيها مائة دينارٍ على عهد رسول الله ﷺ ، فأتيت بها رسول الله ﷺ، فقال: عرِّفها حولًا، قال: فعرَّفتها فلم أجد من يعرفها، ثمَّ أتيته، فقال: عرِّفها حولًا، فعرَّفتها، فلم أجد من يعرفها، ثمَّ أتيته، فقال: عرِّفها حولًا، فعرَّفتها فلم أجد من يعرفها، فقال: احفظ عددها، ووِعاءها، ووِكاءها، فإن جاء صاحبها، وإلَّا فاستمتع بها، فاستمتعت بها، فلقيته بعد ذلك بمكَّة، فقال: لا أدري بثلاثة أحوالٍ أو حولٍ واحدٍ»، واللَّفظ لمسلمٍ، تعريف اللُّقطة ثلاث سنين خطأٌ من سلمة بن كهيلٍ.

ولما رواه عبد الرَّزَّاق، قال: عن ابن جريجٍ، قال: قال مجاهدٌ: وجد سفيان بن عبد الله الثَّقفيُّ عَيْبةً فيها مالٌ عظيمٌ، فجاء بها عمر بن الخطَّاب فأخبره خبرها، فقال عمر: «هي لك، فقال: يا أمير المؤمنين، لا حاجة لي فيها، غيري أحوج إليها منِّي، قال: فعرِّفها سنةً، ففعل، ثمَّ جاءه بها، فقال عمر: هي لك، فقال مثل قوله الأوَّل، فقال عمر: عرِّفها سنةً، ففعل ثمَّ جاءه بها فقال عمر: هي لك، فقال سفيان مثل قوله الأوَّل، فقال عمر: عرِّفها سنةً ففعل، ثمَّ جاءه بها، فقال عمر: هي لك، فقال مثل قوله الأوَّل، فقال عمر: عرِّفها سنةً ففعل، فلما أبى سفيان جعلها عمر في بيت مال المسلمين».

منقطعٌ، مجاهدٌ لم يسمع من سفيان. [انظر: فتح القدير ٦/ ١٢٢، المدوَّنة ٦/ ١٧٣، مغني المحتاج ٢/ ٤١٣، المغني ٨/ ٢٩٢].

(١) رواه عبد الرزاق (١٨٦٣٠)، وابن أبي شيبة (٢١٦٣٦) من طريق إبراهيم بن عبد الأعلى، عن سويد، قال: «كان عمر بن الخطاب يأمر أن تعرف اللقطة سنة، فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها، فإن جاء صاحبها خير»، قال

وعليٍّ[(١)]، وابنِ عباسٍ[(٢)]، عَقِبَ الالتقاطِ[(٣)]؛ لأنَّ صاحِبَها يَطلُبُها إذًا، كلَّ يومٍ أُسبوعًا، ثم عُرفًا[(٤)].

ابن التركماني: (وهذا سند جليل متفق عليه، إلا ابراهيم فإن مسلمًا انفرد به). [انظر: الجوهر النقي ٦/ ١٨٧].

(١) رواه ابن أبي شيبة (٢١٦٣٤) من طريق أبي السفر، عن رجل من بني رؤاس، قال: التقطت ثلاثمائة درهم، فعرفتها تعريفًا ضعيفًا، وأنا يومئذ محتاج، فأكلتها حين لم أجد أحدًا يعرفها، ثم أيسرت فسألت عليًّا، فقال: «عرفها سنة، فإن جاء صاحبها، فادفعها إليه، وإلا فتصدق بها، وإلا فخيره بين الأجر وبين أن تغرمها له»، وفيه راوٍ مبهم.

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٢١٦٢٩) من طريق عبد العزيز بن رفيع، حدثني أبي، قال: وجدت عشرة دنانير، فأتيت ابن عباس فسألته عنها، فقال: «عرفها على الحجر سنة، فإن لم تعرف فتصدق بها، فإن جاء صاحبها فخيره الأجر أو الغرم»، قال ابن التركماني: (هذا السند على شرط البخاري، خلا رفيعًا، وهو ثقة، ذكره ابن حبان). [انظر: الجوهر النقي ٦/ ١٨٩].

(٣) وإن أخَّر التَّعريف أثِم، ولم يملكها به، وتقدَّم قريبًا.

(٤) وفي الإنصاف مع الشَّرح الكبير ١٦/ ٢٢٧: (قال في التَّرغيب والتَّلخيص والرِّعاية وغيرهم: ثُمَّ مرَّةً في كلِّ أسبوعٍ من شهرٍ، ثمَّ مرَّةً في كلِّ شهرٍ.

وقيل: على العادة بالنِّداء، وهو ظاهر كلام كثيرٍ من الأصحاب، قلت: وهو الصَّواب، ويكون ذلك على الفور، وقيل: يعرِّفها بقرب الصَّحراء إذا وجدها فيها، قال في الرِّعاية: قلت: في أقرب البلدان منه).

وبيان صفة التَّعريف، وتقدير التَّكرار يحتاج إلى توقيفٍ، فكان هذا متروكًا لعادة النَّاس في التَّعريف.

ولا يذكر صفتها، بل يُجمل فيقول: من ضاع منه شيءٌ، أو نفقةٌ، ونحو

وأُجرةُ المنادي على الملتَقِطِ[١].

ذلك؟ لأنَّه قد يدَّعيها بعض من سمع صفاتها فتضيع على مالكها.
(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفيَّة؛ لأنَّ التَّعريف واجبٌ على الملتقط فأجرته عليه.

وعند المالكيَّة: أنَّ الأجرة تكون من اللُّقطة؛ لأنَّ النَّفقة تتعلَّق في ذات اللُّقطة لا في ذمَّة مالكها كالجناية في رقبة العبد إن سلَّمه المالك لا شيء عليه، وإن أراد أخذه غرم أرش الجناية.

وعند الشَّافعيَّة: إن أخذها ليحفظها على مالكها لا تلزمه مؤنة التَّعريف، بل من بيت المال، أو يقترض على المالك، وإن أخذها للتَّمليك لزمه مؤنة التَّعريف. لأنَّ اللُّقطة إذا أخذها للحفظ كانت المنفعة لصاحبها، فكانت النَّفقة عليه، وإن أخذها للتَّملُّك كان الالتقاط لمصلحة الملتقط، فكانت النَّفقة عليه. [انظر: حاشية الدُّسوقيِّ ٤/ ١٢٠، مغني المحتاج ٢/ ٤١٢، المعاملات الماليَّة ١٩/ ٤٧٦].

* فرعٌ: النَّفقة على اللُّقطة: عند الحنفيَّة إذا أنفق الملتقط بغير إذن الحاكم فهو متبرِّعٌ، وإن قال له القاضي: أنفق لترجع، رجع على المالك بما أنفق، وإن أمره القاضي بالإنفاق ولم يذكر الرُّجوع لم يكن دَينًا في الأصحِّ؛ لأنَّ الملتقط إذا أنفق بلا إذنٍ من الحاكم كان متبرِّعًا لقصور ولايته، فصار كما لو قضى دين غيره بغير أمره.

وعند المالكيَّة: ما أنفقه الملتقط على اللُّقطة فالمالك مخيَّرٌ بين أن يفتكَّ اللُّقطة فيدفع ما أنفقه عليها، وبين أن يترك اللُّقطة لمن التقطها في نفقته الَّتي أنفق عليها؛ لأنَّ النَّفقة تتعلَّق في ذات اللُّقطة لا في ذمَّة مالكها كالجناية في رقبة العبد إن أسلمه المالك لا شيء عليه، وإن أراد أخذه غرم أرش الجناية.

ذهب الشَّافعيَّة: أنَّ من أنفق على اللُّقطة فهو متطوِّعٌ بالنَّفقة لا يرجع على صاحبها بشيءٍ، وإذا أراد الرُّجوع فلينفق بإذن الحاكم، فإن لم يجده أشهد؛ لأنَّ

(وَيَمْلِكُهُ بَعْدَهُ)، أي: بعدَ التَّعريفِ، (حُكْمًا)، أي: مِن غيرِ اختيارٍ؛ كالميراثِ[(١)]، ....

الحاكم يقوم مقام الغائب في النَّظر في ماله، فإذا أنفق ولم يرجع إلى الحاكم مع إمكان الرُّجوع إليه فهو متبرِّعٌ بالنَّفقة.

وذهب الحنابلة: أنَّ الملتقط يرجع بما أنفق على الحيوان إن كانت النَّفقة بإذن حاكمٍ، وإن لم تكن بإذنه ففيه روايتان، الصَّحيح من المذهب أنَّ له الرُّجوع بما أنفقه إن نوى الرُّجوع، ما لم يتعدَّ بأن التقطه لا ليعرفه، أو بنيَّة تملُّكه في الحال.

لأنَّ الإنفاق على مال الغير إنقاذٌ له من التَّلف، فكان جائزًا، كذبح الحيوان المأكول إذا خيف موته، ولا يضمن ما نقص بذبحه. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) وهذا هو المذهب؛ لما تقدَّم من قوله ﷺ: «فاستنفقها»، وفي لفظٍ: «فهي كسبيل مالك»، وفي لفظٍ: «ثمَّ كُلْها»، ولأنَّ الالتقاط والتَّعريف سببٌ للملك، فإذا نما وجب الملك حكمًا كالإحياء.

وعند الحنفيَّة: إن لم يجئ صاحبها، فالملتقط بالخيار إن شاء أمسكها حتَّى يجيء صاحبها، وإن شاء تصدَّق بها، لكن له أكلها إن كان فقيرًا، وإن كان غنيًّا كان مخيَّرًا بين حفظها لصاحبها، وبين التَّصدُّق بها بشرط الضَّمان؛ لما ورد أَنَّ عمر بن الخطاب، قال في اللُّقطة: يعرِّفها سنةً، فإن جاء صاحبها، وإلَّا تصدَّق بها، فإن جاء صاحبها بعدما يتصدَّق بها، خيَّره، فإن اختار الأجر، كان له، وإن اختار المال، كان له ماله»، المصنَّف (١٨٦٣٠)، ورواه ابن أبي شيبة في المصنَّف (٢٢٠٥٦)، إسناده صحيحٌ، ونحو ذلك عن عليٍّ وأبي هريرة ﷺ بأسانيد صحيحةٍ، مشكل الآثار ١٢/ ١٢٢. [انظر: المصادر السَّابقة].

وعند المالكيَّة: يحصل الملك بنيَّة التَّملُّك، وإن لم يتلفَّظ بها. [انظر: المبسوط ١٠/ ٧، الكافي لابن عبد البرِّ ٢/ ٨٣٦، روضة الطَّالبين ٥/ ٤٠٧،

غَنيًّا كان أو فَقيرًا[١]؛ لعمومِ ما سَبَقَ[٢][٣]، ولا يَملِكُها بدونِ تعريفٍ[٤]،

المغني ٨/ ٣٠٠].

وعند الشَّافعيَّة: أنَّ اللُّقطة لا تدخل ملك الملتقط حتَّى يختار التَّملُّك بلفظٍ يدلُّ على الملك كتملَّكت ما التقطته، والأخرس تكفي إشارته المفهومة كسائر عقوده.

(١) مسلمًا أو كافرًا، عدلًا أو فاسقًا يأمن على نفسه، ويضمُّ إلى الكافر والفاسق أمينٌ في تعريفها وحفظها، ويأتي قريبًا.

(٢) من قوله ﷺ: «فإن لم تعرف فاستنفقها»، وقوله: «خذها هي لك...».

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما استدلَّ به المؤلِّف.

وعند أبي حنيفة: لا يجوز تملُّك اللُّقطة لمن لا تحلُّ له الصَّدقة كالغنيِّ، والهاشميِّ، ونحو ذلك.

(٤) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما روى عياض بن حمارٍ رضي الله عنه أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «من وجد لقطةً فليشهد ذا عدلٍ، أو ذوي عدل، ولا يكتم ولا يغيِّب، فإن وجد صاحبها فليردَّها عليه، وإلَّا فهو مال الله ﷻ يؤتيه من يشاء»، رواه أبو داود بإسنادٍ صحيحٍ.

واستثنى الشَّافعيَّة من جواز التَّملُّك الحالات الآتية:

اللُّقطة الَّتي دفعها للحاكم، وترك التَّعريف والتَّملُّك، ثمَّ ندم وأراد أن يعرف ويتملَّك، فلا يمكنه؛ لأنَّه أسقط حقَّه.

أخذ اللُّقطة للخيانة.

لقطة الحرم، وتأتي. [انظر: المصادر السَّابقة].

مسألةٌ: لقطة الحرم: المذهب، ومذهب المالكيَّة والحنفيَّة: أنَّ لقطة الحرم والحلِّ سواءٌ؛ لعموم قوله ﷺ: «اعرف عفاصها ووكاءها، ثمَّ عرِّفها سنةً، فإن جاء صاحبها وإلَّا فشأنك بها»، ولأنَّ حرم مكَّة أحد الحرمين فأشبه حرم

(لَكِنْ لَا يَتَصَرَّفُ فِيها قَبْلَ مَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا)[١]، أي: حتى يَعرِفَ وعاءَها، ووكاءَها[٢]، وقدرَها، وجِنسَها، وصِفتَها، ويُستحبُّ ذلك عندَ وِجْدانِها[٣]، والإشهادُ عليها[٤]، ....

المدينة، ولقطة حرم المدينة كغيرها من البلاد.

وعند الشَّافعيَّة، وروايةٌ عن الإمام أحمد: أنَّه لا يجوز أخذ لقطة الحرم للتَّملُّك، وإنَّما يجوز التقاطها لتحفظ لصاحبها، وتعرَّف حتَّى تردَّ إليه مهما طال الأمد؛ لحديث ابن عبَّاسٍ ﷺ، وفيه قوله ﷺ: «ولا تحلُّ ساقطتها إلَّا لمنشدٍ»، متَّفقٌ عليه، ولما ثبت في صحيح مسلمٍ أنَّ النَّبيَّ ﷺ «نهى عن لقطة الحاجِّ».

قال ابن القيِّم في زاد المعاد ٣/ ٤٥٣: «فيه دليلٌ على أنَّ لقطة الحرم لا تملك بحالٍ، وأنَّها لا تلتقط إلَّا للتَّعريف لا للتَّملُّك، وإلَّا لم يكن لتخصيص مكَّة بذلك فائدةٌ أصلًا». [انظر: فتح القدير ٥/ ٣٥٦، شرح الخرشيِّ ٧/ ١٢٥، المهذَّب ١/ ٤٣٦، كشَّاف القناع ٤/ ٣٤٣، فتح الباري ٥/ ٨٨، مرقاة المفاتيح ٣/ ٢٦٧، شرح الأُبيِّ ٣/ ٤٥٠].

(١) لأمره ﷺ بذلك، والأمر يقتضي الوجوب.

(٢) الوكاء: الخيط الَّذي تشدُّ به. [انظر: المنتقى ٦/ ١٣٦].

(٣) لحديث زيد بن خالدٍ الجهنيِّ، وفيه قوله ﷺ: «اعرف وِكاءها وعِفاصها».

وفي المغني ٨/ ٣٠٨: «تجب حالة الأخذ وجوبًا موسَّعًا، وحالة إرادة التَّصرُّف وجوبًا مضيَّقًا».

وقال ابن قدامة: (وإن أخَّر معرفة ذلك - إشارةً إلى وعائها ووكائها - إلى حين مجيء باغيها جاز؛ لأنَّ المقصود يحصل بمعرفتها حينئذٍ...).

(٤) عند الحنفيَّة والحنابلة: لا يذكر صفاتها عند الإشهاد، بل يقول: إنِّي التقطت لقطةً، أو عندي لقطةٌ ونحو ذلك؛ لأنَّه إذا ذكر صفاتها قد يدَّعيها من لا يستحقُّها.

(فَمَتَى جَاءَ طَالِبُهَا فَوَصَفَهَا؛ لَزِمَ دَفْعُهَا إِلَيْهِ) بلا بينةٍ ولا يمينٍ، وإن لم يَغلِبْ على ظنِّهِ صِدقُهُ[1]؛ لحديثِ زيدٍ، ....

وعند الشَّافعيَّة: يشهد على صفاتها حتَّى لو مات لا يتملَّكها الوارث.

ورجَّح النَّوويُّ: أنَّه يشهد على بعض الصِّفات. [انظر: بدائع الصَّنائع ٨/ ٣٨٦٨، روضة الطَّالبين ٥/٧٠٨، كشَّاف القناع ٤/ ٢٢٠].

وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: سنِّيَّة الإشهاد على اللُّقطة لعموم الأخبار في اللُّقطة، كحديث زيد بن خالدٍ الجهنيِّ ﷺ وغيره، وليس فيها الأمر بالإشهاد؛ ولأنَّ في الإشهاد صيانةً لنفسه عن الطَّمع فيها، وحفظها من ورثته إن مات.

وعند الحنفيَّة والظَّاهريَّة: يجب الإشهاد؛ لحديث عياض بن حمارٍ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «من وجد لقطةً فليشهد ذا عدلٍ، أو ذوي عدلٍ، ولا يكتم، ولا يغيِّب»، رواه أبو داود، وإسناده صحيحٌ.

وعند المالكيَّة: يسنُّ الإشهاد، إلَّا إذا تحقَّق أو ظنَّ ادِّعاء ملكيَّتها فيجب.

وهذا أقرب، وعليه يحمل حديث عياض بن حمارٍ. [انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٣١٩، حاشية الدُّسوقيِّ ٤/ ١٢٦، مغني المحتاج ٢/ ٤٠٧، المغني ٨/ ٣٠٨].

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكيَّة: أنَّ الملتقط يجبر على تسليم اللُّقطة لصاحبها إذا وصفها بصفاتها، سواءٌ غلب على ظنِّه صدقه أم لا، ولا يحتاج إلى بيِّنةٍ، لما استدلَّ به المؤلِّف؛ وقول الله ﷻ: ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٢٧﴾﴾، فقد جعل الله تعالى صفة الخرق في القميص دليلًا على الإدانة والبراءة، ولم يتوقَّف ذلك على البيِّنة، ولأنَّه من المتعذِّر إقامة البيِّنة على اللُّقطة؛ لأنَّها ضاعت من صاحبها حال السَّهو والغفلة وليس عنده شهودٌ.

....

قال ابن عبد البرِّ في الكافي ٤٢٥: (وتدفع اللُّقطة إلى متعرِّفها إن عرف عفاصها ووكاءها، وإن لم يعرف عدد دنانيرها ودراهمها، ولا صفة سكتها).

وعند الحنفيَّة والشَّافعيَّة: لا يجبر على تسليم اللُّقطة إلى مدَّعيها بلا بيِّنةٍ؛ لأنَّه مدَّعٍ محتاجٌ إلى بيِّنةٍ كغيره، ولأنَّ اللُّقطة مالٌ للغير فلا يجب تسليمه بالوصف كالوديعة.

لكن عند الحنفيَّة: يجوز تسليمها له إذا أصاب علامتها، ولا يجبر.

وعند الشَّافعيَّة: يجوز إذا غلب على ظنِّه صدق مدَّعيها.

فرعٌ: ذهب الشَّافعيَّة، والمشهور من مذهب الحنابلة: أنَّ النَّماء المتَّصل كالسِّمَن، فهذا لمالكها إذا استردَّها؛ لأنَّه لا يمكن انفصالها عنه؛ ولأنَّه يتبع في العقود والفسوخ بلا يمينٍ ولا بيِّنةٍ.

ولعموم قوله ﷺ: «فإن جاء صاحبها فأدِّها إليه».

وأمَّا النَّماء المنفصل فإن حدث قبل التَّملُّك، كما لو حدث أثناء التَّعريف فهي للمالك، ولأنَّ يد الملتقط قبل التَّملُّك يد أمانةٍ، فلو هلكت بلا تعدٍّ ولا تفريطٍ لم يضمن، فلا يملك شيئًا من العين ولا من نمائها.

وإن كان النَّماء حدث بعد التَّعريف والتَّملُّك فهو للملتقط لا للمالك؛ لأنَّه نماءٌ حصل في ملكه فيكون له، ولأنَّ العين بعد التَّملُّك مضمونةٌ على الملتقط مطلقًا حتَّى لو هلكت بلا تعدٍّ ولا تفريطٍ، وإذا كانت مضمونة عليه فإنَّ الخراج بالضَّمان.

وذهب المالكيَّة إلى أنَّ الغلَّة تنقسم إلى أقسامٍ:

أحدها: الغلَّة الَّتي جاءت عن طريق كراء الدَّابة ونحوها، فله أن يُكريها كراءً مأمونًا، لا يخشى عليه منه؛ لأجل علفها والنَّفقة عليها، وإنَّما جاز له الكراء مع أنَّ ربَّها لم يوكِّله فيه؛ لأنَّ البقر ونحوها لا بدَّ لها من النَّفقة عليها فكان ذلك أصلح لربِّها، وما زاد من كرائها على علفها فهو لربِّها.

وفيه: «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَعَرَفَ عِفَاصَهَا، وَعَدَدَهَا، وَوِكَاءَهَا؛ فَأَعْطِهَا إِيَّاهُ، وَإِلَّا فَهِيَ لَكَ» رواه مسلمٌ[١].

ويَضمَنُ تَلَفَها ونَقصَها بعدَ الحولِ مُطلقًا[٢]، ....

الثَّاني: اللَّبن والزُّبد والجبن والسَّمن، فلهم فيها قولان:

أحدهما: أنَّه للملتقط وإن زاد على قيامه عليها وعلى علفها.

القول الثَّاني: اختار ابن رشدٍ وغيره أنَّ له من الغلَّة بقدر علفها وقيامه عليها.

الثَّالث: الصُّوف والوبر والنَّسل فله حكم اللُّقطة: أي: أنَّه لصاحبها.

والصَّواب: أنَّ المتَّصل والمنفصل بعد الحول للملتقط. [انظر: فتح القدير ٦/ ١٢٩، تبيين الحقائق ٣/ ٣٠٦، المدوَّنة ٦/ ١٧٤، مغني المحتاج ٢/ ٤١٦، كشَّاف القناع ٤/ ٢٢٠، المعاملات الماليَّة ١٩/ ٤٨٧].

(١) رواه مسلم (١٧٢٢).

(٢) هذا بناءً على المذهب: أنَّ اللُّقطة تدخل في ملك الملتقط بعد الحول قهرًا كالميراث وتقدَّم قريبًا نقل أقوال أهل العلم في هذه المسألة، فعلى القول بأنها تدخل في ملكه يضمنها مطلقًا، وكذا إذا اختار التملك على القول بعدم دخولها في ملكه يضمنها، وإذا لم يَخْتَر التَّملُّك فأمانةٌ عنده.

* فرعٌ: إذا جاء مالك اللُّقطة بعد تعريفها حولًا كاملًا، فهل يجب على الملتقط أن يردَّها إليه؟ الجمهور، واختيار ابن حزم من الظَّاهريَّة: يجب ردُّ العين إن كانت موجودةً، أو ردَّ بدلها إن كان قد تصرَّف فيها؛ لما استدلَّ به المؤلِّف من حديث زيدٍ رضي الله عنه.

واختار الكرابيسيُّ من الشَّافعيَّة: لا يجب ردُّها بعد تعريفها؛ لأنَّ الملتقط إذا قام بتعريفها سنةً، ولم يأت صاحبها أثناء التَّعريف فقد اكتسب هذا المال، وصار من جملة أمواله، لقوله: «فإن جاء صاحبها، وإلَّا فشأنك بها»، وقوله:

لا قبلَه إن لم يُفرِّط[١].

(وَالسَّفِيهُ وَالصَّبِيُّ يُعَرِّفُ لُقَطَتَهُمَا وَلِيُّهُمَا)[٢]؛ لقيامِهِ مَقامَهما، ويَلزَمُه أخذُها مِنهما[٣]، فإن تَركها في يدِهِما فَتَلِفَت؛ ضَمِنها[٤]، فإن لم تُعرَف؛ فهي لهما[٥].

«وإلَّا فهي لك».

(١) لأنَّها أمانةٌ عنده كالوديعة، وفي المغني ٨/٣١٣: (لا أعلم فيه خلافًا)، فإنَّ فرَّط ضمنها بمثلها إن كانت من ذوات الأمثال، وقيمتها إن كانت قيميَّة. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفيَّة، والشَّافعيَّة: أنَّه يجوز الالتقاط من أيِّ إنسانٍ؛ سواءٌ كان مكلَّفًا أو غير مكلَّفٍ، رشيدًا أم لا، لعموم الأدلَّة، ولأنَّ الالتقاط تكسُّبٌ، فصحَّ من هؤلاء كالاصطياد والاحتشاش.

لكن استثنى الحنفيَّة: المجنون؛ فلا يصحُّ التقاطه عندهم، والصَّبيَّ غير المميِّز.

وعند الشَّافعيَّة في الأصحِّ: أنَّ التقاط الفاسق صحيحٌ إلَّا أنَّها لا تُقَرُّ في يده، بل ينتزعها القاضي، ويسلِّمها إلى أمينٍ.

وعند مالكٍ: أنَّ الملتقط هو كلُّ حرٍّ، مسلم، بالغ، عاقلٍ؛ فلا يصح التقاط العبد أو الكافر أو الصبي أو المجنون، لأنَّ اللُّقطة ولايةٌ، ولا ولاية لهؤلاء، ولأنَّها أمانةٌ، ولا أمانة لهؤلاء. [انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٣١٩، بداية المجتهد ٢/٣٣٣، المهذَّب ١/٤٣٣، منتهى الإرادات ١/٥٥٨].

(٣) وحفظها كمالهما؛ لأنَّهما ليسا بأهلٍ للحفظ والأمانة.

(٤) لأنَّه المضيِّع لها إذ يلزمه حفظ ما يتعلَّق به حقُّ مَوْلِيِّهِ.

(٥) كالكبير؛ لعموم الأدلَّة.

وإن وَجَدها عَبدٌ عَدلٌ فلسيدِهِ أخذُها منه وتَركُها معه ليُعرِّفَها[(١)]، فإنْ لم يَأمَن سَيِّدَه عليها؛ سَتَرها عنه وسلَّمَها للحاكمِ، ثم يَدفَعُها إلى سيِّدِه بشرطِ الضمانِ[(٢)].

والمكاتَبُ كالحرِّ[(٣)].

ومَن بعضُه حرٌّ فهي بينه وبينَ سيِّدِهِ[(٤)].

(وَمَنْ تَرَكَ حَيَوَانًا) لا عَبدًا أو مَتاعًا **(بِفَلَاةٍ لانْقِطَاعِهِ**[(٥)]**، أَوْ عَجْزِ رَبِّهِ**[(٦)] **عَنْهُ؛ مَلَكَهُ آخِذُهُ)**، بخلافِ عبدٍ ومتاعٍ[(٧)].

وكذا ما يُلقى في البحرِ خَوفًا مِن غرقٍ؛ فيَملِكُه آخِذُه[(٨)].

---

(١) أي: ولسيِّد العبد ترك اللُّقطة مع العبد ليعرِّفها إن كان عدلًا، ويكون السَّيِّد مستعينًا به في حفظها كسائر ماله، وإن كان غير أمينٍ وتركها معه فتلفت ضمنها لتفريطه. [انظر: كشَّاف القناع ٤/ ٢٢٥].

(٢) لأنَّها من كسب العبد، ولو أعتقه بعد التقاطه كان له انتزاعها من سيِّده؛ لأنَّها من كسبه.

(٣) لأنَّ المكاتب يملك كسبه. [انظر: المصدر السَّابق].

(٤) على قدر ما فيه من الحرِّيَّة والرِّقِّ كسائر أكسابه.

(٥) بعجزه عن مشيٍ، أو تركٍ بمهلكةٍ، مَلَكَه آخذه.

(٦) أي: عجز ربِّه عن نحو علفه، مَلَكه آخذه؛ لحديث جابرٍ ﵁ «أنَّه كان يسير على جملٍ فأعيا، فأراد أن يسيِّبه، فلحقني النَّبيُّ ﷺ فدعا لي وضربه» متَّفقٌ عليه، ولأنَّها تركت رغبةً عنها أشبهت سائر ما ترك رغبةً عنه.

(٧) أي: فلا يملك بذلك اقتصارًا على النَّصِّ؛ ولأنَّ العبد يمكنه في العادة التَّخلُّص إلى الأماكن الَّتي يعيش فيها، والمتاع لا حرمة له في نفسه، ولا يخشى عليه التَّلف كما يخشى على الحيوان.

(٨) لإلقاء صاحبه له اختيارًا فيما يتلف بتركه، أشبه ما لو ألقاه رغبةً عنه.

وإن انكسرت سَفينةٌ، فاستخرَجَه قومٌ؛ فهو لربِّه، وعليه أُجرةُ المثلِ(١).

(وَمَنْ أُخِذَ نَعْلُهُ وَنَحْوُهُ) مِن متاعِهِ(٢)، (وَوَجَدَ مَوْضِعَهُ غَيْرَهُ؛ فَلُقَطَةٌ)، ويَأخُذُ حقَّه مِنه بعدَ تَعريفِهِ(٣).

---

(١) تقدَّم في باب الجِعالة.

(٢) كثيابٍ في حمَّامٍ.

(٣) في الإنصاف مع الشَّرح ١٦/٢٧٦: (فوائد، منها: لو وجد لقطةً في غير طريقٍ مأتيٍّ، فهي لقطةٌ على الصَّحيح من المذهب، قدَّمه في «الفائق».

واختار الشَّيخ تقيُّ الدِّين أنَّه كالرِّكاز، واختاره في «الفائق»، وجعله في «الفروع» توجيهًا له)؛ لحديث عمرو بن شعيبٍ، عن أبيه، عن جدِّه، قال: «سئل رسول الله ﷺ عن اللُّقطة؟ فقال: ما كان في طريقٍ مأتيٍّ أو في قريةٍ عامرةٍ فعرِّفها سنةً، فإن جاء صاحبها وإلَّا فلك، وما لم يكن في طريقٍ مأتيٍّ ولا في قريةٍ عامرةٍ ففيه وفي الرِّكاز الخمس». [انظر: المجتبى (٢٤٩٤)، والسُّنن الكبرى (٢٢٨٣)].

(ومنها: لو أُخِذ متاعه، أو ثوبه، وترك له بدله، فالصَّحيح من المذهب أنَّه لقطةٌ، نصَّ عليه، وقيل: لا يعرِّفه مع قرينة سرقةٍ. وهو احتمالٌ للمصنِّف، قلت: وهو عين الصَّواب، قال الحارثيُّ: وهذا حسنٌ، وقال: قد يقال فيه بمعنى مسألة الظَّفر، ومذهب أحمد: منع الأخذ فيها، فعليها هل يتصدَّق به بعد تعريفه؟ - إن قلنا: يعرِّفه - أو يأخذ حقَّه بنفسه، أو بإذن حاكمٍ؟ فيه أوجهٌ. قال المصنِّف، وتابعه الشَّارح: القول بأخذ حقِّه بنفسه أقرب إلى الرِّفق بالنَّاس.

ومنها: لو وجد لقطةً بدار الحرب وهو في الجيش، عرَّفها، ثمَّ وضعها في المغنم، نصَّ عليه، وإن كان دخل بأمانٍ عرَّفها، ثمَّ هي له، إلَّا أن يكون في جيشٍ، فهي كالَّتي قبلها، وإن دخل متلصِّصًا عرَّفها، ثمَّ هي كالغنيمة على الصَّحيح من المذهب، ويحتمل أن تكون له من غير تعريفٍ، ذكره المصنِّف.

وإذا وَجَد عَنبرةً على الساحِلِ؛ فهي له.

قلت: وهذا هو الصَّواب، وكيف يعرِّف ذلك؟

ومنها: مؤنة ردِّ اللُّقطة على ربِّها، على الصَّحيح من المذهب، وقال في «التَّرغيب»، و«الرِّعاية»: مؤنة الرَّدِّ على الملتقط.

ومنها: ضمانها بموته، كالوديعة، وقيل: به بعد الحول، ووارثه كهو.

ومنها: الالتقاط يشتمل على أمانةٍ واكتسابٍ، قال الحارثيُّ: وللنَّاس خلافٌ في المغلب منهما؛ منهم من قال: الكسب، ووجِّه بأنَّه ملاك الأمر، ومنهم من قال: الأمانة، وهو الصَّحيح؛ لأنَّ المقصود إيصال الشَّيء إلى أهله.

ومنها: لو استيقظ فوجد في ثوبه دراهم، لا يعلم من صرَّها، فهي له، ولا تعريف، ولأحمد نصٌّ يوجب التَّعريف وينفي الملك.

ومنها: لو ألقت الرِّيح إلى داره ثوب إنسانٍ؛ فإن جهل المالك، فلقطةٌ، وإن علمه، دفعه إليه، فإن لم يفعل، ضمن بحبس مال الغير من غير إذنٍ ولا تعريفٍ.

ومنها: لو سقط طائرٌ في داره، فقال في «المغني»: لا يلزمه حفظه ولا إعلام صاحبه؛ لأنَّه محفوظٌ بنفسه، وهذا ما لم ينقطع عنه، أمَّا إن انقطع، وجب حفظه والدَّفع إليه؛ لأنَّه ضائعٌ عنه).

وقال العمرانيُّ في البيان ٧/ ٥٢٢: (وإذا وجد رجلان لقطةً، فأخذاها معًا؛ كانت بينهما بعد التَّعريف، كما إذا أثبتا صيدًا.

وإن رأياها معًا فبادر أحدهما وأخذها كانت لمن أخذها؛ لأنَّ استحقاق اللُّقطة بالأخذ دون الرُّؤية، كما قلنا في الاصطياد).

قال ابن رجبٍ في القواعد ٢٥٧: (اللُّقطة يجب دفعها إلى واصفها، نصَّ عليه، وإن وصفها اثنان فهي لهما، وقيل: يقرع بينهما).

(بَابُ اللَّقِيطِ)(١)

بمعنى: مَلقوطٍ(٢).

(وَهُوَ) اصطلاحًا: (طِفْلٌ(٣) لَا يُعْرَفُ نَسَبُهُ، وَلَا رِقُّهُ، نُبِذَ)، أي: طُرِحَ في شارعٍ أو غيرِهِ(٤)، (أَوْ ضَلَّ)(٥).

---

(١) أي: باب بيان أحكام اللَّقيط.

(٢) فعيلٌ بمعنى مفعولٍ، كقتيلٍ وجريحٍ، وهو في اللُّغة: الطِّفل الَّذي يوجد مرميًّا على الطُّرق لا يعرف أبوه ولا أمُّه. [انظر: لسان العرب ٧/ ٣٩٢].

(٣) في المصباح ٢/ ٣٧٤: (الطِّفل: الولد الصَّغير من الإنسان والدَّوابِّ، قال ابن الأنباريِّ: ويكون الطِّفل بلفظ واحدٍ للمذكَّر والمؤنَّث والجمع، قال تعالى: ﴿أَوِ ٱلطِّفْلِ ٱلَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُواْ عَلَىٰ عَوْرَٰتِ ٱلنِّسَآءِ﴾، ويجوز المطابقة في التَّثنية والجمع والتَّأنيث، فيقال: طفلةٌ، وأطفالٌ، وطفلاتٌ...).

ومن تعريفات الحنفيَّة: اسمٌ لحيٍّ مولَّدٍ طرحه أهله خوفًا من العَيلة، أو فرارًا من تهمة الرِّيبة. [انظر: الدُّرَّ المختار ٣/ ٣١٤].

ومن تعريفات المالكيَّة: أنَّه صغيرُ آدميٍّ لم يُعلَم أبوه ولا رقُّه. [انظر: شرح الخرشيِّ ٧/ ١٣٠].

ومن تعريفات الشَّافعيَّة: كلُّ صبيٍّ ضائعٍ لا كافل له. [انظر: روضة الطَّالبين ٥/ ١٨].

(٤) كمسجدٍ.

(٥) أي: ضلَّ الطَّريق فيما بين ولادته إلى التَّمييز، أو البلوغ.

اختلف الفقهاء في الصَّبيِّ المميِّز هل يعتبر لقيطًا أم لا؟ على قولين:

القول الأوَّل: أنَّه يعتبر لقيطًا، وهو قول المالكيَّة، والشَّافعيَّة، وقولٌ عند

(وَأَخْذُهُ فَرْضُ كِفَايَةٍ)(١)؛ لقولِهِ تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢].

الحنابلة؛ لأنَّه ما زال بحاجةٍ إلى من يرعاه ويحفظه، فهو لم يستغن عن غيره.

القول الثَّاني: أنَّه لا يعتبر لقيطًا، وهو الصَّحيح عند الحنابلة، وقولٌ عند الشَّافعيَّة؛ لأنَّه مستغنٍ عن غيره، فهو قادرٌ على تصريف شؤونه بنفسه. [انظر: بداية المجتهد ٢/ ٣٧٧، نهاية المحتاج ٥/ ٤٤٥، الإنصاف ٦/ ٤٣٢].

(١) وهذا هو المذهب، وبه قال جمهور أهل العلم؛ لما استدلَّ به المؤلِّف.

ولقوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا﴾، إذ بإحيائها يسقط الحرج عن النَّاس؛ لأنَّه آدميٌّ محترمٌ.

وعند الحنفيَّة: أنَّ التقاط المنبوذ مندوبٌ إليه؛ لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾، ولقوله ﷺ: في حديث عبد الله بن عمرٍو رضي الله عنهما: «من لم يرحم صغيرنا، ويعرف قدر كبيرنا، فليس منَّا»، وترْكه من ترك التَّرحُّم على الصِّغار، رواه أحمد ٢/ ٢٢٢ و(٧٠٧٣)، والبخاريُّ في الأدب المفرد (٣٥٤)، وأبو داود (٤٩٤٣)، والتِّرمذيُّ (١٩٢١)، وصحَّحه.

وعند ابن حزمٍ: التقاطه فرض عينٍ، سواءٌ خيف هلاكه، أو لم يخف.

* فرعٌ: إذا خيف على اللَّقيط الهلاك كما لو وجده في صحراء لا أحد فيها، أو كان بين يدي سَبُعٍ؛ كان التقاطه فرض عينٍ إذا لم يعلم به غيره؛ وعلى الكفاية إن علم به أكثر من واحدٍ؛ لأنَّ في تركه تعريضًا له للتَّلف، وفي إنقاذه إنقاذٌ لنفسٍ معصومةٍ، وكما يجب إنقاذ الغريق وبذل الطَّعام للجائع، وتنبيه الأعمى إذا أوشك على الوقوع في البئر.

جاء في فتح القدير: (هذا الحكم وهو إلزام التقاطه إذا خيف هلاكه مجمعٌ عليه). [انظر: الشَّرح الكبير للدَّردير وحاشيته ٤/ ١٢٤، نهاية المحتاج ٥/ ٤٤٤، كشَّاف القناع ٤/ ٢٢٦، المحلَّى ٨/ ٢٧٣].

مسألةٌ: ردُّ اللَّقيط إلى مكانه:

ويُسنُّ الإشهادُ عليه(١).

(وَهُوَ حُرٌّ)(٢) في جميعِ الأحكامِ؛ ....

لا يخلو من حالتين:

الأولى: أن يكون الملتقط أراد بالتقاطه رفعه إلى الحاكم ليرى رأيه فيه، فإذا لم يقبله الحاكم جاز للملتقط ردُّه إلى مكانه بشرط أن لا يخشى عليه الضَّياع والهلاك؛ لأنَّه ليس في نيَّته رفعه من أجل حفظه، وهو قول المالكيَّة.

الثَّانية: أن يكون قد التقطه بقصد حفظه، ورعايته، وحضانته، فلا يجوز ردُّه بعد التقاطه، لأنَّه بالتقاطه قد التزم بحفظه ورعايته، فلا يجوز ردُّه، ولأنَّ رفعه فرض كفايةٍ، وفرض الكفاية يتعيَّن بعد الشُّروع فيه، وهو قول المالكيَّة، والشَّافعيَّة. [انظر: حاشية الصَّاوي ٤/ ١٨٢، روضة الطَّالبين ٥/ ٤١٢، أحكام اللَّقيط ١١١].

(١) وهذا هو المذهب؛ لئلَّا تراوده نفسه باسترقاقه، كما يستحبُّ الإشهاد على ما معه من مالٍ صونًا لنفسه عن جحده.

وعند المالكيَّة: إن تحقَّق أو غلب على ظنِّه ادِّعاء الوالديَّة أو الاسترقاق وجب ذلك.

وعند الشَّافعيَّة: يجب الإشهاد على الالتقاط؛ لئلَّا يسترقَّ ويضيع نسبه، ويجب الإشهاد على ما معه بطريق التَّبعيَّة.

ولقول النَّبيِّ ﷺ: «من وجد لقطةً فليشهد ذا عدلٍ، أو ذوي عدلٍ، ولا يكتم ولا يغيِّب» من حديث عياض بن حمارٍ رضي الله عنه - تقدَّم في باب اللُّقطة -، فأمر بالإشهاد على اللُّقطة وهي مالٌ، فيكون الإشهاد على اللَّقيط واجبًا من باب أولى. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٢) وهذا باتِّفاق الأئمَّة. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ١٩٧، شرح الخرشيِّ ٧/ ١٣٢، مغني المحتاج ٢/ ٤٢٥، كشَّاف القناع ٤/ ٢٢٦].

لأنَّ الحريَّةَ هي الأصلُ، والرِّقُّ عارِضٌ[١].

(وَمَا وُجِدَ مَعَهُ) مِن فِراشٍ تحتَه[٢]، أو ثِيابٍ فوقَه[٣]، أو مالٍ في جيبِهِ **(أَوْ تَحْتَهُ، ظَاهِرًا**[٤]**، أَوْ مَدْفُونًا طَرِيًّا**[٥]**، أَوْ مُتَّصِلًا بِهِ؛ كَحَيَوانٍ وَغَيْرِهِ)** مَشدودًا بثيابِه، **(أَوْ)** مَطروحًا **(قَرِيبًا مِنْهُ؛ فَـ)** هو **(لَهُ)**؛ عَمَلًا بالظاهرِ[٦]؛ ولأنَّ له يدًا صحيحةً؛ كالبالغِ.

(وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْهُ)[٧] مُلتقِطُه بالمعروفِ؛ لوِلايتِهِ عليه، **(وَإِلَّا)** يَكُنْ معه

وعند النَّخعيِّ: أنَّه حرٌّ إذا كان الملتقط قد التقطه حِسبةً، وإن كان أراد بالتقاطه استرقاقه، فله ذلك.

(١) فالله ﷻ خلق آدم وذريَّته أحرارًا، والرِّقُّ عارضٌ، فإذا لم يعلم فالأصل عدمه.

(٢) كوِطاءٍ، ووسادةٍ، وسريرٍ.

(٣) أو غطاءٍ عليه أو حليٍّ ونحو ذلك.

(٤) أو تحت فراشه ووسادته ظاهرًا غير مدفونٍ.

(٥) طريًّا: أي: تجدَّد حفره؛ لأنَّه إذا كان طريًّا فالأقرب: أنَّ واضع اللَّقيط حفره، وهذا المذهب عند الحنابلة؛ إذ هو الظَّاهر.

وعند الحنفيَّة، والشَّافعيَّة: هذا المال ليس له؛ لأنَّ دفنه سببٌ لضياعه.

(٦) أي: الظَّاهر أنَّه ملكه، فما كان متَّصلًا به، أو متعلِّقًا به منفعته فهو تحت يده. [انظر: كشَّاف القناع ٤/ ٢٢٨]. والخلاف في هذه المسألة كالخلاف في المسألة السَّابقة. [انظر: المعاملات الماليَّة أصالةٌ ومعاصرةٌ ٢٠/ ٣٧١].

(٧) وهذا باتِّفاق الأئمَّة: أنَّه إذا كان له مالٌ ينفق عليه من ماله. [بدائع الصَّنائع ٦/ ١٩٨، شرح الخرشيِّ ٧/ ١٣٠، مغني المحتاج ٢/ ٤٢١، شرح المنتهى ٢/ ٤٨٢، أحكام اللَّقيط ٢٣٤].

شيءٌ؛ (**فَمِنْ بَيْتِ المَالِ**)[١]؛ لقولِ عمرَ ﷺ: «**اذْهَبْ فَهُوَ حُرٌّ، وَلَك وَلَاؤُهُ، وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ**»[٢]، وفي لفظٍ: «**وَعَلَيْنَا رَضَاعُهُ**»[٣]، ولا يجبُ على الملتقِطِ، فإن تَعذَّر الإنفاقُ مِن بيتِ المالِ، فعلى مَن عَلِم حالَه مِن المسلمين[٤]، فإن تَركوه أَثِمُوا[٥].

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما استدلَّ به المؤلِّف.

وعند بعض الشَّافعيَّة: لا ينفق عليه من بيت المال، وإنَّما يقترض عليه من بيت المال أو غيره؛ لجواز أن يظهر له مالٌ. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٢) علقه البخاري بصيغة الجزم، باب: إذا زكى رجل رجلًا كفاه، (٣/ ١٧٦)، ووصله مالك (٢٣٧٧)، وعبد الرزاق (١٣٨٣٩)، من طريق ابن شهاب عن سنين أبي جميلة، رجل من بني سليم: أنه وجد منبوذًا في زمن عمر بن الخطاب، قال: فجئت إلى عمر بن الخطاب، فقال: «ما حملك على أخذ هذه النسمة؟» فقال: وجدتها ضائعة فأخذتها، فقال له عريفه: يا أمير المؤمنين، إنه رجل صالح، فقال عمر: «كذلك؟» قال: نعم، فقال عمر بن الخطاب: «اذهب فهو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته». وصححه ابن حزم، وابن الملقن، وابن حجر، والألباني. [انظر: المحلى ٧/ ١٣٢، البدر المنير ٧/ ١٧٣، تغليق التعليق ٣/ ٣٩١، الإرواء ٦/ ٢٣].

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٣١٥٦٩) من طريق الزهري السابق.

(٤) في المغني ٨/ ٣٥٥: (أجمع كلُّ من نحفظ عنه على أنَّ نفقة اللَّقيط غير واجبةٍ على الملتقط كوجوب نفقة الولد؛ لأنَّ الالتقاط تخليصٌ له من الهلاك وتبرُّعٌ بحفظه فلا يوجبها).

(٥) وهذا هو المذهب؛ لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ ولأنَّ في ترك الإنفاق عليه هلاكه، وحفظه عن ذلك واجبٌ كإنقاذه من الغرق.

وفي كشَّاف القناع ٤/ ٢٢٧: (ولا يرجع المنفق بما أنفق عليه؛ لأنَّها فرض

. . . .

كفايةٍ. . . ، وإن كان للَّقيط مالٌ تعذَّر الإنفاق منه لمانعٍ، أو ينتظر حصوله من وقفٍ أو غيره، فلمن أنفق عليه بنيَّة الرُّجوع أن يرجع؛ لأنَّه في هذه الحالة غنيٌّ عن مال الغير. . .).

وقال في المغني: (وإن لم يتبرَّع أحدٌ بالإنفاق فأنفق عليه الملتقط أو غيره نفقة المثل بإذن الحاكم ليرجع رجع) اهـ.

وعند الحنفيَّة: إذا لم يكن في بيت المال مالٌ، وأبى الملتقط أن يتبرَّع بالإنفاق عليه، أمر القاضي من ينفق عليه، ويكون دينًا على اللَّقيط.

وعند المالكيَّة: إذا لم يكن في بيت المال شيءٌ فنفقته على الملتقط ولا رجوع له؛ لأنَّه بالتقاطه ألزم نفسه ذلك، ويستمرُّ الإنفاق على الذَّكر حتى يبلغ قادرًا على الكسب، وعلى الأنثى حتَّى يدخل بها الزَّوج.

وعند الشَّافعيَّة: إن تعذَّر الإنفاق من بيت المال اقترض له الإمام من المسلمين في ذمَّة اللَّقيط كالمضطرِّ إلى الطَّعام، فإن تعذَّر الاقتراض قام المسلمون بكفايته قرضًا حتَّى يثبت لهم الرُّجوع على اللَّقيط إن ظهر له مالٌ أو كسبٌ، وإلَّا على بيت المال. [انظر: المبسوط ١٠/ ٢١١، شرح الخرشيِّ ٧/ ١٣١، مغني المحتاج ٢/ ٤٢١، كشَّاف القناع ٤/ ٢٣٣، أحكام اللَّقيط ١٢٣].

وإذا أنفق محتسبًا وناويًا الرُّجوع على اللَّقيط، فهل له الرُّجوع أم لا؟

الحالة الأولى: إن كان أنفق عليه بإذن الحاكم، فاختلف الفقهاء:

فالمذهب، وهو مذهب الحنفيَّة، والشَّافعيَّة: أنَّ له الرُّجوع؛ لأنَّه أدَّى ما وجب على غيره، فكان له الرُّجوع على من كان الوجوب عليه، كالضَّامن إذا قضى عن المضمون عنه.

وعند المالكيَّة: ليس له الرُّجوع؛ لأنَّ النَّفقة واجبةٌ عليه، وليس له الرُّجوع إلَّا في أمرين:

(وَهُوَ مُسْلِمٌ) إذا وُجِد في دارِ الإسلامِ[١]، وإن كان فيها أهلُ ذمَّةٍ؛ تَغليبًا للإسلامِ والدَّارِ.

الأوَّل: إذا ظهر أنَّ للَّقيط أبًا، بشروطٍ.

الثَّاني: إذا كان للَّقيط مالٌ، بشروطٍ أيضًا.

الحالة الثَّانية: أن يكون أنفق عليه دون إذن الحاكم، فاختلف الفقهاء:

فعند الحنفيَّة، والشَّافعيَّة، وبعض الحنابلة: ليس له الرُّجوع؛ لأنَّه متطوِّعٌ ومتبرِّعٌ.

وعند أحمد، وشريحٍ، والنَّخعيّ: له الرُّجوع؛ لأنَّه محتسب الرُّجوع؛ ولأنَّ نفقته لا تلزمه أصلًا. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة، والدَّار الَّتي تعتبر دار إسلامٍ هي:

أ- دار يسكنها المسلمون، ولو كان فيها أهل ذمَّةٍ.

ب - دارٌ فتحها المسلمون، وأقرُّوها بيد الكفَّار صلحًا.

جـ - دارٌ فتحها المسلمون، وملكوها عَنوةً وأقرُّوا أهلها عليها بجزيةٍ.

د - دار كان المسلمون عليها، ثمَّ أجلاهم الكفَّار عنها.

فاللَّقيط في هذه البلاد مسلمٌ بشرط أن يوجد بها مسلمٌ يمكن أن يكون اللَّقيط منه، فإن كانت الدَّار دار كفرٍ، وفيها مسلمون كتجَّارٍ وأسرى فأصحُّ الوجهين عند الشَّافعيَّة والحنابلة: أنَّه يعتبر مسلمًا تغليبًا للإسلام.

وفي الوجه الثَّاني للشَّافعيَّة واحتمالٌ للحنابلة: أنَّه يكون كافرًا تغليبًا للدَّار.

وعند الحنفيَّة: لا يخلو من أمرين:

الأمر الأوَّل: أن يجده مسلمٌ أو ذمِّيٌّ في مصر من أمصار المسلمين، أو قريةٍ من قراهم، فيحكم بإسلامه.

الأمر الثَّاني: أن يجده مسلمٌ أو ذمِّيٌّ في بِيعةٍ أو كنيسةٍ، أو في قريةٍ من قرى أهل الذِّمَّة، فإنَّه يكون ذمِّيًّا.

وإن وُجِد في دار كفارٍ لا مُسلِمَ فيه؛ فكافِرٌ تَبعًا للدارِ.

(**وَحَضَانَتُهُ لِوَاجِدِهِ الأَمِينِ**)[(١)]؛ لأنَّ عمرَ أقرَّ اللقيطَ في يدِ أبي جَميلةَ حينَ

وإن وجده كافرٌ في مكان المسلمين، أو وجده مسلمٌ في مكان الكفَّار، فروايَاتٌ:

الرِّواية الأولى: أنَّ العبرة للمكان؛ لأنَّ المكان أسبق من يد الواجد، وعند التَّعارض يترجَّح السَّابق.

الرِّواية الثَّانية: أنَّ العبرة للواجد؛ لأنَّ يد الواجد أقوى؛ لأنَّه إحرازٌ له، والمباح بالإحراز يظهر حكمه، وإنَّما يعتبر المكان عند عدم وجود يدٍ معتبرةٍ، وهو قول محمَّد بن الحسن.

الرِّواية الثَّالثة: أنَّه يحكم له بالإسلام.

وعند المالكيَّة: إذا وجد اللَّقيط في بلاد المسلمين حكم بإسلامه، وإذا وجد في قريةٍ ليس فيها من المسلمين سوى بيتين حكم بإسلامه؛ بشرط: أن يكون الملتقط مسلمًا، فإن التقطه ذمِّيٌّ حكم بكفره على المشهور، وقال أشهب: يحكم بإسلامه. فإن وجد بقرى الشِّرك حكم بكفره، وقال أشهب: إن التقطه مسلمٌ فمسلمٌ. [انظر: المبسوط: ١٠/ ٢١٥، بدائع الصَّنائع ٦/ ١٩٨، شرح الخرشيِّ ٧/ ١٣٢، روضة الطَّالبين ٥/ ٤٣٧، كشَّاف القناع ٤/ ٢٣٥، أحكام اللَّقيط ١٣٦، المعاملات الماليَّة ٢٠/ ٣٣٢].

(١) أي: أَولى النَّاس بحضانته وحفظ ماله واجده؛ لأنَّه وليُّه.

وفي المبسوط للسَّرخسيِّ ١٠/ ٢١٣: (ولا يجوز للملتقط على اللَّقيط ذكرًا كان أو أنثى عقد النِّكاح، ولا بيعٌ ولا شراءٌ؛ لأنَّ نفوذ هذه التَّصرُّفات على الغير يعتمد الولاية كما قال ﷺ: «لا نكاح إلَّا بوليٍّ»، ولا ولاية للملتقط على اللَّقيط، وإنَّما له حقُّ الحفظ والتَّربية).

قال له عَرِيفُهُ: (إنَّه رَجلٌ صالِحٌ).

(وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ) مما وُجِد معه مِن نَقدٍ أو غيرِهِ (بِغَيْرِ إِذْنِ حَاكِمٍ)(١)؛ لأنَّه وليُّهُ.

وإن كان فاسِقًا، أو رَقيقًا، أو كافِرًا واللقيطُ مسلمٌ(٢)، ....

قال السَّرخسيُّ: (ولا ولاية للملتقط على اللَّقيط، وإنَّما له حقُّ الحفظ والتَّربية؛ لكونه منفعةً محضةً في حقِّه، وبهذا السَّبب لا تثبت الولاية).

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول عند الحنفيَّة؛ لما علَّل به المؤلِّف؛ ولأنَّ هذا من الأمر بالمعروف فاستوى فيه الإمام وغيره.

وفي قولٍ للحنفيَّة والشَّافعيَّة: يشترط إذن الحاكم؛ لأنَّ الملتقط لا ولاية له على اللَّقيط إلَّا في الكفالة، فلم يملك الإنفاق بنفسه كالأمِّ. [انظر: المصادر السَّابقة].

وفي كشَّاف القناع ٢٢٨/٤: (والمستحبُّ الإنفاق بإذن الحاكم؛ لأنَّه أبعد من التُّهمة، وخروجٌ من الخلاف، وحفظٌ لماله من أن يرجع إليه).

(٢) لم يُقَرَّ بيده؛ لانتفاء ولاية الفاسق ظاهر الفسق، وانتفاء أهليَّة حضانة الرَّقيق على الأحرار بدون إذن سيِّده، ولأنَّه لا ولاية لكافرٍ على مسلمٍ، ولا يؤمن فتنته في الدِّين.

مسألةٌ: شروط الملتقط:

الشَّرط الأوَّل: الإسلام، إذا حكم بكفر اللَّقيط كما لو وجد في بلاد الكفَّار، أو وجد منبوذًا في كنائسهم ودور العبادة الخاصَّة بهم، وعليه زيُّ الكفَّار، لم يشترط إسلام الملتقط، وهذا بالاتِّفاق، لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾.

أمَّا إذا وجد في بلاد المسلمين، أو في المواضع الخاصَّة بهم كالمساجد، ففي هذه الحالة يحكم بإسلام اللَّقيط، وإذا حكم بإسلامه، فيشترط أن يكون

. . . .

الملتقط مسلمًا، وهو قول المالكيَّة، والشَّافعيَّة، والحنابلة، فإن التقط الكافر اللَّقيط المحكوم بإسلامه، فإنَّه ينزع منه، ولا يقرُّ في يده؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾.

وعند الحنفيَّة: لا يشترط الإسلام، فيقرُّ بيد الكافر ما لم يعقل الأديان فينزع من يده دفعًا للضَّرر عن اللَّقيط؛ لأنَّ الشَّرط في الملتقط أن يكون أهلًا للحفظ، والكافر في هذا كالمسلم.

الشَّرط الثَّاني: التَّكليف، أن يكون بالغًا عاقلًا؛ لأنَّ الصَّبيَّ والمجنون ليس لهما ولايةٌ على أنفسهما، فلا يكون لهما ولايةٌ على غيرهما من باب أَولى، وهو محلُّ اتِّفاقٍ بين الفقهاء.

الشَّرط الثَّالث: الحرِّيَّة، وهو قول المالكيَّة، والشَّافعيَّة، والحنابلة؛ لأنَّ العبد منافعه لسيِّده، فلا يذهبها في غير نفعه إلَّا بإذنه.

ويستثنى من ذلك: إذا أذن له السَّيِّد بالتقاطه، أو لم يجد أحدًا يلتقطه غيره.

وعند الحنفيَّة: لا تشترط الحرِّيَّة.

الشَّرط الرَّابع: العدالة، وهو قول المالكيَّة، والشَّافعيَّة، والحنابلة؛ لأنَّ عمر رضي الله عنه إنَّما أقرَّ اللَّقيط في يد أبي جميلة حين التقطه لـمَّا قال عريفه: إنَّه رجلٌ صالحٌ، صحيحٌ، وسُنَيْنٌ أبو جميلة معدودٌ في الصَّحابة.

ولأنَّ حضانة اللَّقيط ورعايته أمانةٌ، ولا أمانة للفاسق.

وعند الحنفيَّة: لا تشترط العدالة؛ لما تقدَّم من التَّعليل على عدم اشتراط الإسلام؛ والأقرب: اشتراط الأمانة كما جاء في القرآن الكريم.

الشَّرط الخامس: الرُّشد، وهو قول المالكيَّة، والشَّافعيَّة، والحنابلة؛ لأنَّ السَّفيه ليس له ولايةٌ على نفسه، فعلى غيره من باب أَولى.

وعند الحنفيَّة، وروايةٌ عند الحنابلة: عدم اشتراط الرُّشد؛ لما تقدَّم من

أو بدويًّا يَنتقِلُ في المواضِعِ(١)، ....

التَّعليل على عدم اشتراط الإسلام.

الشَّرط السَّادس: الغنى.

فعند المالكيَّة، والشَّافعيَّة، والحنابلة: لا يشترط في الملتقط أن يكون غنيًّا؛ لأنَّ الله سبحانه يقوم بكفاية جميع الخلق في الرِّزق: ﴿وَمَا مِن دَآبَّةٍ فِي ٱلۡأَرۡضِ إِلَّا عَلَى ٱللَّهِ رِزۡقُهَا﴾، ولأنَّ نفقة اللَّقيط من بيت المال، وولايته ولاية حفظٍ ورعايةٍ.

وعند الشَّافعيَّة في قولٍ لهم: يشترط الغنى؛ لأنَّ الفقير غير قادرٍ على نفقة اللَّقيط.

وقال النَّوويُّ في روضة الطَّالبين ٥/ ٤١٩: (لا يشترط في الملتقط الذُّكورة قطعًا).

وفي كفاية الأخيار ٣٢٠: (ولا يشترط في الالتقاط الذُّكورة بلا خلافٍ).

[انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٤٣٣، بداية المجتهد ٢/ ٣٧٧، روضة الطَّالبين ٥/ ٤١٩، كشَّاف القناع ٤/ ٢٥٣].

(١) لم يقرَّ بيده؛ لأنَّه إتعابٌ للطِّفل بتنقُّله، فيؤخذ منه ويدفع إلى من في القرية؛ لأنَّه أرفه له، وأخفُّ عليه.

مسألةٌ: سفر الملتقط باللَّقيط:

أوَّلًا: أن يكون الملتقط مستور الحال:

فمذهب الشَّافعيَّة، وهو روايةٌ عند الحنابلة: أنَّه يمنع من السَّفر به؛ لأنَّه لا تؤمن الخيانة منه، فقد يسرقه، أو يدَّعي الوالديَّة.

وعند الحنابلة في روايةٍ: لا يمنع من السَّفر؛ لأنَّه يقرُّ في يده في الحضر، ولأنَّ فيه السِّتر والصِّيانة.

ثانيًا: أن يكون الملتقط ممَّن عرفت أمانته، وهنا أمران:

الأمر الأوَّل: أن يسافر به لغير نقلة، كأن يكون سفرًا لتجارةٍ أو لزيارةٍ ونحوهما، فيقرُّ في يده ويسافر به، وهو قول الشَّافعيَّة، والحنابلة.

. . . .

الأمر الثَّاني: أن يريد أن يسافر به للإقامة، ففي هذه الحالة لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون قد التقطه من الحضر:

فإن كان السَّفر به من الحضر إلى البادية: فلا يجوز له السَّفر به، وهو قول الشَّافعيَّة، والحنابلة؛ لأنَّ حياة المدن أرفه للَّقيط وأصلح له، ولأنَّه وجد في الحضر، فالظَّاهر أنَّه ولد فيه، فبقاؤه فيه أرجى لكشف نسبه وظهور أهله واعترافهم به.

وإن كان يريد السَّفر من بلده إلى أخرى في الحضر:

فعند الشَّافعية في روايةٍ، والحنابلة في روايةٍ: لا يجوز له السَّفر به؛ لأنَّ بقاءه في بلده الَّذي وجد فيه أرجى لانكشاف حاله ونسبه.

وعند الشَّافعيَّة في روايةٍ، والحنابلة في روايةٍ: يجوز له السَّفر به؛ لأنَّ ولايته ثابتةٌ له، والبلد الثَّاني كالأوَّل.

الحالة الثَّانية: أن يكون قد التقطه من البادية:

فإن أراد أن ينقله من البادية إلى الحضر: فيجوز له السَّفر به؛ لأنَّ نقله في هذه الحالة أنفع له؛ لأنَّه ينقله من أرض البؤس والشَّقاء إلى الرَّفاهيَة والدَّعة والدِّين، وهو قول الشَّافعيَّة، والحنابلة.

وإن أراد أن ينقله إلى حِلَّة - أي: البيوت المجتمعة -، فيجوز له السَّفر به، ويقرُّ في يده؛ لأنَّ الحِلَّة كالقرية.

وإن أراد أن ينقله من مكانٍ إلى آخر في البادية، بحثًا عن الماء والكلأ: فللشَّافعيَّة، والحنابلة روايتان:

الأولى: أنَّه يقرُّ في يده.

الثَّانية: لا يقرُّ في يده. [انظر: المجموع ١٥/ ٢٩٥، الإنصاف ٦/ ٤٤٠]، والأظهر: الرُّجوع إلى مصلحة المحضون.

أو وَجَده في الحضرِ فأراد نَقْلَه إلى الباديةِ؛ لم يُقَرَّ بيدِهِ[١].

(وَمِيرَاثُهُ، وَدِيَتُهُ) كدِيَةِ حرٍّ، (لِبَيْتِ المَالِ)[٢] إنْ لم يخلِّفْ وارِثًا[٣]؛ كغيرِ اللقيطِ، ولا ولاءَ عليه[٤]؛ لحديثِ: «إِنَّمَا الوَلَاءُ لمَنْ أَعْتَقَ»[٥].

---

(١) لأنَّ مقامه في الحضر أصلح له في دينه، ودنياه، وأرفه له، وأرجى لكشف نسبه، وظهور أهله.

(٢) فلا يرث الملتقط من لقيطه إن لم يخلِّف وارثًا، وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ قال الخطَّابيُّ في معالم السُّنن ٤/ ١٧٦: (وأمَّا اللَّقيط فإنه في قول عامَّة الفقهاء حرٌّ، وإذا كان حرًّا فلا ولاء عليه لأحدٍ، والميراث إنَّما يستحقُّ بنسبٍ أو ولاءٍ).

وعن الإمام أحمد، وهو قول إسحاق بن راهويه: ثبوت التَّوريث بالالتقاط لحديث واثلة بن الأسقع ﷺ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «المرأة تحوز ثلاثة مواريث: عتيقها، ولقيطها، وولدها الَّذي لاعنت عليه»، رواه أبو داود والترمذي، وقال: حسن غريب، والنسائي وابن ماجه، وفي إسناده عمر بن رويبة التَّغلبيُّ، قال البخاريُّ: فيه نظرٌ، وقال أبو حاتمٍ: لا تقوم به حجَّةٌ.

وقال ابن القيِّم في تهذيب السُّنن ٤/ ١٧٩: (... وذهب إسحاق بن راهويه إلى أنَّ ميراثه لملتقطه عند عدم نسبه؛ لظاهر حديث واثلة، وإن صحَّ الحديث فالقول ما قال إسحاق؛ لأنَّ إنعام الملتقط على اللَّقيط والقيام عليه والإحسان إليه ليس بدون إنعام المعتق على العبد بعتقه، فإذا كان الإنعام بالعتق سببًا لميراث المعتق مع أنَّه لا نسب بينهما، فكيف يستبعد أن يكون الإنعام بالالتقاط سببًا له مع أنَّه قد يكون أعظم موقعًا وأتمَّ نعمةً...).

(٣) بفرضٍ أو تعصيبٍ.

(٤) تقدَّم قريبًا.

(٥) رواه البخاري (٤٥٦)، ومسلم (١٥٠٤) من حديث عائشة ﵂.

(**وَوَلِيُّهُ فِي**) القتلِ (**العَمْدِ**) العدوانِ (**الإمَامُ، يَتَخَيَّرُ بَيْنَ القِصَاصِ وَالدِّيَةِ**)[١] لبيتِ المالِ؛ لأنَّه وَليُّ مَن لا وليَّ له.

وإن قُطِعَ طَرفُه عَمدًا؛ انتُظِر بلوغُهُ ورُشدُهُ ليَقتَصَّ أو يَعفُوَ[٢].

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما استدلَّ به المؤلِّف.

وللعمومات الموجبة للقَوَد كقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ﴾.

لكن عند الشَّافعيَّة: إذا بلغ اللَّقيط ولم يفصح بالإسلام إذا لم يكن محكومًا بإسلامه فلا يقتصُّ منه، بل تدفع الدِّية.

ولحديث عائشة رضي الله عنها، وفيه قول النَّبيِّ ﷺ: «السُّلطان وليُّ من لا وليَّ له»، رواه التِّرمذيُّ وحسَّنه.

وقال أبو يوسف: عليه الدِّية في ماله، ولا يقتل به؛ لأنَّا نعلم أنَّ للَّقيط وليًّا في دار الإسلام من عصبةٍ أو غير ذلك إلَّا أنَّا لا نعرفه بعينه، وحقُّ استيفاء القصاص يكون إلى الوليِّ كما قال تعالى: ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾، فيصير شبهةً مانعةً للإمام من استيفاء القصاص. [انظر: المبسوط ١٠/٢١٨، مغني المحتاج ٢/٤٢٤، كشَّاف القناع ٤/٢٣٢].

وإن كانت الجناية على اللَّقيط خطأً أو شبه عمدٍ فدية اللَّقيط تدفع إلى بيت المال بالاتِّفاق.

(٢) وحُبِسَ الجاني إلى أوان البلوغ والرُّشد؛ لئلَّا يهرب.

وإن كانت الجناية على ما دون النَّفس خطأً أو شبه عمدٍ فأرش الجناية من حقِّ اللَّقيط، فيأخذه دون سواه. [انظر: المصادر السَّابقة].

الجناية على اللَّقيط في النَّفس خطأً أو شبه عمدٍ: فالدِّية على عاقلة القاتل لبيت المال، وهذا باتِّفاق الفقهاء.

وإن كانت عمدًا: فالإمام مخيَّرٌ بين أن يقتصَّ من القاتل، أو يأخذ الدِّية، وليس له العفو مجَّانًا، وهو قول الحنفيَّة، والشَّافعيَّة، والحنابلة؛ لعموم الأدلَّة

وإن ادَّعى إنسانٌ أنَّه مَملوكُهُ ولم يَكُن بيدِهِ؛ لم يُقبَلْ إلا ببيِّنةٍ[١] تَشهَدُ أنَّ أمتَه وَلَدَتْهُ في مِلكِهِ ونحوِهِ.

(وَإِنْ أَقَرَّ رَجُلٌ)[٢] ....

الدَّالَّة على وجوب القَوَد في العمد، ولأنَّ السُّلطان وليُّ من لا وليَّ له.

وعند أبي يوسف، ووجهٌ عند الشَّافعيَّة، ووجهٌ عند الحنابلة: لا قصاص، وتجب الدِّية في مال القاتل؛ لأنَّ حقَّ الاستيفاء للوليِّ، واللَّقيط لا يعرف له وليٌّ. [انظر: المبسوط ٩/ ٢١، روضة الطَّالبين ٥/ ٤٣٦، الإنصاف ٦/ ٤٤٦].

(١) فالمذهب وروايةٌ عند الشَّافعيَّة: أنَّه لا بدَّ مع البيِّنة أن تذكر البيِّنة سبب الملك.

وعند الحنفيَّة والمالكيَّة: أنَّه يحكم برقِّ اللَّقيط بمجرَّد قيام البيِّنة.

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة، ومذهب الحنفيَّة استحسانًا إذا ادَّعاه حرٌّ مسلمٌ ألحق به ولو بلا بيِّنة؛ لما علَّل به المؤلِّف.

وعند الحنفيَّة قياسًا: لا تسمع الدَّعوى إلَّا ببيِّنةٍ؛ لأنَّه يدَّعي أمرًا جائز الوجود والعدم، فلا بدَّ لترجيح أحد الجانبين على الآخر من مرجِّحٍ، وذلك بالبيِّنة ولم توجد، وإن كان المدَّعي ذمِّيًّا أو عبدًا تصحُّ دعواه، ويثبت نسبه، لكن يكون مسلمًا، حرًّا.

وعند المالكيَّة: إذا ادَّعى اللَّقيطَ أحدٌ فلا يلحق نسبه به إلَّا بأحد أمرين:

الأوَّل: أن يأتي المدَّعي ببيِّنةٍ تشهد له بأنَّه ابنه، فإن أقام بيِّنةً لحق به، سواءٌ كان المستلحِق مسلمًا أو كافرًا، وسواءٌ كان اللَّقيط محكومًا بكفره أو إسلامه.

الثَّاني: أن يكون لدعواه وجهٌ يدلُّ على صدقه، فإنَّه يلحق بصاحب الوجه المدَّعي سواءٌ كان المستلحق مسلمًا أو كافرًا، وسواءٌ كان اللَّقيط محكومًا بكفره أو إسلامه، هذا ما ذهب إليه ابن عرفة والأجهوريُّ وغيرهم.

وذهب آخرون: إلى أنَّه لا يلحق بصاحب الوجه إلَّا إذا كان صاحب الوجه

أَوِ امْرَأَةٌ)[١] ولو ....

مسلمًا، فإن كان غير مسلمٍ فلا بدَّ من البيِّنة.

لأنَّ دعوى النَّسب كغيرها من الدَّعاوى لا تثبت إلَّا ببيِّنةٍ، وصدقت دعواه إذا كان لها وجهٌ، وإن لم يكن هناك بيِّنةٌ عملًا بالقرائن، وقياسًا على اللُّقطة، حيث اعتبرت العلامات، وهي دون البيِّنة. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ١٩٩، الشَّرح الكبير مع حاشيته ٤/ ١٢٦، التَّاج والإكليل ٦/ ٨٢، روضة الطَّالبين ٥/ ٤٣٧، كشَّاف القناع ٤/ ٢٣٥].

(١) وهذا هو المذهب: أنَّه إذا ادَّعت اللَّقيط امرأةٌ ولو ذات زوجٍ مسلمٍ يلحق بها ولو بلا بيِّنةٍ، لما علَّل به المؤلِّف.

وعند الحنفيَّة والمالكيَّة والشَّافعيَّة: لا تقبل دعواها إلَّا ببيِّنةٍ، فإن أقامت بيِّنةً صحَّت دعواها، ولحق بها اللَّقيط، ولحق زوجَها إن أمكن العلوق منه، ولا ينتفي عنه إلَّا بلعانٍ؛ لأنَّ المرأة قادرةٌ على إثبات الولادة بالبيِّنة وذلك عن طريق مشاهدة الحمل والولادة.

وعند الحنفيَّة: إلَّا أن يصدِّقها زوجها، أو تشهد لها القابلة.

وعند الشَّافعيَّة: إذا قيَّدت البيِّنة أنَّها ولدته على فراشه لحقه به، فإن لم تتعرَّض للفراش ففي ثبوت نسبه من الزَّوج وجهان: الأصحُّ منهما المنع.

وإن كانت المرأة خليَّةً من الزَّوج ففي الأصحِّ عند الشَّافعيَّة: لا يلحقها إلَّا ببيِّنةٍ لإمكانها إقامة البيِّنة بالولادة.

وفي وجهٍ في مذهب الشَّافعيَّة، وروايةٌ في مذهب الحنابلة: إذا ادَّعته المرأة الحرَّة، فينظر فإن كانت المرأة ذات زوجٍ لم تقبل دعواها إلَّا ببيِّنةٍ، وإن كانت خاليةً من الزَّوج قبلت دعواها؛ لأنَّ المرأة إذا لم تكن ذات زوجٍ قبلت دعواها بلا بيِّنةٍ كالرَّجل؛ حيث لا ضرر يقع على زوجها، وأمَّا إن كانت ذات زوجٍ لم تقبل دعواها بلا بيِّنةٍ أو رضا الزَّوج؛ لأنَّ في ذلك إضرارًا بالزَّوج بكون امرأته

(ذَاتَ زَوْجٍ مُسْلِمٍ أَوْ كَافِرٍ أَنَّهُ وَلَدُهُ؛ لحِقَ بِهِ)(١)؛ لأنَّ الإقرارَ به مَحضُ مَصلحةٍ للطفلِ؛ لاتصالِ نَسبِهِ، ....

قد وطئت بزنًا أو شبهةٍ. [انظر: بدائع الصَّنائع ٦/ ٢٠٠، فتح القدير ٥/ ٣٤٥، شرح الخرشيِّ ٦/ ٤٣٧، روضة الطَّالبين ٥/ ٤٢٨، مغني المحتاج ٢/ ٤٢٧، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٤٨٧].

وإن ادَّعت اللَّقيط امرأتان، فإن أقامت إحداهما البيِّنة فهي أَولى به.

فإن أقامتا بيِّنتين فالمذهب: أنَّه يعرض على القافة، فإن ألحقته بإحداهما لحقها، وإن ألحقته بكلٍّ منهما سقط قول القافة؛ لأنَّه يستحيل أن يكون من امرأتين.

وعند أبي حنيفة: إن أقامتا بيِّنتين فهو ابنهما.

وعند أبي يوسف: لا يكون لواحدةٍ منهما.

وعند الشَّافعيَّة: إن أقامتا بيِّنتين عرض على القافة، فإن ألحقته بإحداهما لحقها ولحق زوجها، فإن لم يكن بيِّنةٌ لم يعرض على القائف؛ لأنَّ استلحاق المرأة إنَّما يصحُّ مع البينة. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) إذا ثبت بالبيِّنة أنَّ هذا اللَّقيط ابنٌ لهذا الذِّمِّيِّ، وولد على فراشه لحقه نسبًا ودينًا بلا خلافٍ بين أهل العلم.

وإذا لم يكن بيِّنةٌ وادَّعاه الذِّمِّيُّ فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: أنَّه يلحق به نسبًا؛ لأنَّه أقرَّ بنسب مجهول النَّسب يمكن أن يكون منه، وليس في إقراره إضرارٌ بغيره، فيثبت إقراره كالمسلم، إلَّا أنَّ الحنفيَّة قالوا: أن يدعيه في حياته، أمَّا إذا ادَّعاه بعد وفاته لم يصدَّق؛ لأنَّ المقصود من ثبوت النَّسب الشَّرف، وذلك لا يتحقَّق بعد الموت.

وعند المالكيَّة، وابن حزمٍ وأبي ثورٍ: أنَّه لا يلحق بالكفَّار إلَّا ببيِّنةٍ خشية أن يفسد عليه دينه. [انظر: المصادر السَّابقة، المعاملات الماليَّة ٢٠/ ٢٣٧].

ولا مَضرَّةَ على غيرِهِ فيه(١).

وشَرطُهُ: أن يَنفرِدَ بدعوتِهِ(٢)، وأن يُمكِنَ كَونُهُ منه، حُرًّا كان أو عَبدًا.

وإذا ادَّعته المرأةُ لم يُلحَقْ بزوجِها؛ كعكسِهِ(٣).

(وَلَوْ بَعْدَ مَوْتِ اللَّقِيطِ)، فَيَلحَقُهُ وإن لم يَكُن له تَوأمٌ أو وَلَد؛ احتياطًا للنَّسبِ(٤).

---

(١) ولا دافع عنه، ولا ظاهر يردُّه فوجب اللَّحاق.

وفي كشَّاف القناع ٤/ ٢٣٥: (ولا حقَّ للذِّمِّيِّ في حضانة الرَّقيق الَّذي استلحقه؛ لأنَّه ليس أهلًا لكفالة المسلم، ولا تؤمن فتنته عن الإسلام، ونفقته في بيت المال، ولا يسلم إليه).

إذا صدق في دعوى النَّسب فقط، ولم يتبعه في الدِّين، فقد اختلف الفقهاء هل يدفع إليه ليتولَّى حضانته وتربيته أم لا؟ على قولين:

القول الأوَّل: أنَّه لا حقَّ للذِّمِّيِّ في حضانته، وبه قال الشَّافعيَّة، والحنابلة؛ لأنَّ الحضانة من باب الولاية، ولا ولاية لكافرٍ على مسلمٍ، ولأنَّه لا تؤمن فتنته عن الإسلام.

القول الثَّاني: أنَّه أحقُّ بحضانته وتربيته، وهو قول الحنفيَّة؛ لأنَّه ما دام ألحق نسبه به فهو أحقُّ بتربيته. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٢) فلو ادَّعاه اثنان فأكثرُ قدِّم من له بيِّنةٌ، فإن تساووا أو عدمت عرض القافة، فمن ألحقته به لحق. ويأتي.

(٣) ما لم يصدِّقها، كما لا يلحق بزوجة المقرِّ بدون تصديقها؛ لأنَّ إقرار أحدهما لا يسري على الآخر بدون بيِّنةٍ.

(٤) أي: إن لم يكن للمقرِّ توأمٌ، أو لم يكن له ولدٌ، احتياطًا للنَّسب.

(وَلَا يَتْبَعُ) اللقيطُ (الكَافِرَ) المدَّعِيَ أنَّه وَلَدُه (فِي دِينِهِ، إِلَّا أَنْ يُقِيمَ بَيِّنَةً تَشْهَدُ أَنَّهُ وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ)؛ لأنَّ اللقيطَ محكومٌ بإسلامِهِ بظاهرِ الدارِ، فلا يُقبَلُ قولُ الكافرِ في كُفرِهِ بغيرِ بيِّنةٍ[١].

وكذا لا يَتبَعُ رَقيقًا في رِقِّه[٢].

(وَإِنِ اعْتَرَفَ) اللقيطُ[٣] ....

(١) تشهد بأنَّه ولد على فراشه، وإلَّا فيتبعه نسبًا لا دينًا إن لم تكن له بيِّنةٌ.

(٢) لأنَّه خلاف الأصل، وإضرارٌ بالطِّفل، إلَّا ببيِّنةٍ تشهد أنَّه ولد على فراشه. [انظر: المصدر السَّابق].

(٣) إذا اعترف اللَّقيط بالرِّقِّ فلا يخلو من حالين:

الأوَّل: إذا اعترف لنفسه بالحرِّيَّة قبل إقراره بالرِّقِّ فلا يقبل إقراره بالرِّقِّ، لأنَّه لزمه بالحرِّيَّة أحكام الأحرار في العبادات والمعاملات، وهذا قول جمهور أهل العلم، إلَّا أنَّ الحنفيَّة اشترطوا أن تكون الأحكام الَّتي جرت عليه بقضاء قاضٍ.

الثَّاني: إذا لم يكن قد اعترف بحرِّيَّته، فعند الحنفيَّة وروايةٌ للشَّافعيَّة: أنَّه إذا بلغ اللَّقيط وأقرَّ على نفسه بالرِّقِّ، فإن كان لم يجرِ عليه شيءٌ من أحكام الأحرار بعدُ؛ من قبول شهادته، وضرب قاذفه الحدَّ ونحوه، صحَّ إقراره؛ لأنَّه لم تعرف حرِّيَّته إلَّا بظاهر الحال، فإذا أقرَّ على نفسه بالرِّقِّ؛ فالظَّاهر أنَّه لا يقرُّ على نفسه بالرِّقِّ كاذبًا.

وفي روايةٍ للشَّافعيَّة، وهو مذهب الحنابلة: أنَّه لا يقبل إقراره بالرِّقِّ على نفسه؛ حتَّى ولو لم يجرِ عليه شيءٌ من الأحكام الَّتي تجري على سائر الأحرار.

وعند المالكيَّة: لا يقبل إقراره بالرِّقِّ مطلقًا. [انظر: المبسوط ١٠/ ٢٢٠، الفتاوى الهنديَّة ٢/ ٢٥٤، المدوَّنة ٣/ ٢٢٢، المهذَّب ١/ ٤٣٩، شرح روض الطَّالب ٢/ ٥٠٤، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٤٨٦].

(**بِالرِّقِّ مَعَ سَبْقِ مُنَافٍ**) للرقِّ مِن بيعٍ ونحوِهِ[١]، أو عَدَمِ سَبقِهِ؛ لم يُقبَلْ[٢]، لأنَّه يُبطِلُ حقَّ اللهِ مِن الحريَّةِ المحكومِ بها[٣]، سواءٌ أقرَّ ابتداءً لإنسانٍ[٤]، أو جَوابًا لدَعوَى عليه[٥].

(**أَوْ قَالَ**) اللقيطُ بعدَ بلوغِهِ: (**إِنَّهُ كَافِرٌ؛ لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ**)؛ لأنَّه محكومٌ بإسلامِهِ[٦]، ويُستتابُ، فإن تاب وإلا قُتِل[٧].

(**وَإِنِ ادَّعَاهُ جَمَاعَةٌ قُدِّمَ ذُو البَيِّنَةِ**)[٨]، مُسلمًا أو كافِرًا، حُرًّا أو عَبدًا؛

---

(١) كتزويجٍ، أو إصداقٍ، ونحوه.

(٢) أي: أو اعترف بالرِّقِّ مع عدم سبق منافٍ للرِّقِّ، ولو صدَّقه المقَرُّ له؛ لم يقبل إقراره. [انظر: كشاف القناع ٤/ ٢٣٤].

(٣) لما يترتَّب عليها من وظائف شرعيَّةٍ، وعباداتٍ لا توجد مع الرِّقِّ.

(٤) بأن قال: إنَّه ملك زيدٍ لم يقبل.

(٥) بأن ادَّعى عليه زيدٌ بالرِّقِّ، فقال: نعم هو رقيقٌ له؛ لم يقبل إقراره، وكما لو أقرَّ قبل ذلك بالحرِّيَّة؛ لأنَّ الطِّفل المنبوذ لا يعرف رقَّ نفسه ولا حرِّيَّتها.

(٦) تقدَّم قريبًا عند قول المؤلِّف: (وهو مسلمٌ إذا وجد في دار الإسلام).

(٧) وهو الصَّحيح من المذهب، ومذهب الحنفيَّة.

وعند الشَّافعيَّة، وروايةٌ عند الحنابلة: أنَّه يُقرُّ على كفره، ويعتبر كافرًا أصليًّا؛ لأنَّنا حكمنا بإسلامه تبعًا للمكان؛ وهو وصف الكفر بقوله، وقوله أقوى من ظاهر الدَّار، فإذا بلغ زال حكم التَّبع، فاستقلَّ بنفسه. [انظر: المصادر السَّابقة].

(٨) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة، فإن كان لأحدهم بيِّنةٌ فهو ابنه، وإن أقاما بيِّنتين تعارضتا وتساقطتا، فإن لم يكن لأحدهم بيِّنةٌ، أو كانت لهم بيِّناتٌ وتعارضت وتساقطت، عرض على القافة مع المُدَّعين، فيلحق بمن ألحقته به منهم؛ لما استدلَّ به المؤلِّف، ولما روت عائشة ﵂ أنَّ النَّبيَّ ﷺ دخل عليها

لأنَّها تُظهِرُ الحقَّ وتبيِّنُه(١).

يومًا مسرورًا تَبْرُقُ أساريرُ وجهه، فقال: «ألم تَرَيْ أنَّ مُجَزِّزًا المُدْلِجيَّ دخل عليَّ فرأى أسامة وزيدًا، وعليهما قَطِيفةٌ قد غطَّيا رؤوسهما، وبدت أقدامها، فقال: إنَّ هذه الأقدام بعضها من بعضٍ»، متَّفقٌ عليه.

فلولا جوازَ الاعتماد على القافة لما سُرَّ النَّبيُّ ﷺ بقول مُجَزِّزٍ ولا اعتمد عليه.

وعند الحنفيَّة: إن ادَّعى اللَّقيطَ اثنان ولا بيِّنة لهما، فإن كان أحدهما مسلمًا والآخر ذمِّيًا، فالمسلم أَولى به، وإن كان أحدهما حرًّا والآخر عبدًا فالحرُّ أَولى به؛ لأنَّه أنفع للَّقيط.

وإن كانا مسلمين حرَّين، فإن وصف أحدهما علامةً في جسده، فالواصف أَولى به؛ لأنَّ الدَّعْوَتَيْنِ إذا تعارضتا؛ يجب العمل بالرَّاجح منهما، وقد ترجَّحت إحداهما بالعلامة، ودليل العمل بالعلامة قوله تعالى: ﴿...إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَـٰذِبِينَ ﴿٢٦﴾ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّـٰدِقِينَ ﴿٢٧﴾ فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُۥ مِن كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ ﴿٢٨﴾﴾.

وإن لم يصف أحدهما علامةً حكم بكونه ابنًا لهما.

فإن أقام أحدهما بيِّنةً فهو أَولى به، وإن أقاما جميعًا البيِّنة حكم بكونه ابنًا لهما، وإن ادَّعاه أكثر من رجلين فأقاموا البيِّنة، روي عن أبي حنيفة: أنَّها تسمع من خمسةٍ.

وقال أبو يوسف: تسمع من اثنين ولا تسمع أكثر من ذلك.

وقال محمَّد: تسمع من ثلاثةٍ ولا تسمع أكثر من ذلك. [انظر: المصادر السَّابقة].

(١) لا فرق؛ لأنَّ العرب وغيرهم في أحكام الله ولحوق النَّسب سواءٌ.

(وَإِلَّا) يَكُنْ لهم بيِّنةٌ، أو تعارَضَت؛ عُرِضَ معهم على القافةِ[١]، (فَمَنْ أَلحَقَتْهُ القَافَةُ بِهِ[٢]؛ لحِقَهُ)؛ لقضاءِ عمرَ به بحضرةِ الصحابةِ ﷺ[٣].

---

(١) القيافة: مصدر قاف؛ بمعنى تتبَّع أثره. [انظر: لسان العرب مادة قوف].

وفي التَّعريفات للجرجانيِّ ص ١٧١: (القائف: هو الَّذي يعرف النَّسب بفراسته، ونظره في أعضاء المولود).

(٢) فالمذهب، وهو مذهب المالكيَّة، والشَّافعيَّة: إثبات النَّسب بالقيافة، واستدلُّوا: بما روته عائشة ﷺ قالت: إنَّ رسول الله ﷺ دخل عليَّ تبرُقُ أساريرُ وجهه، فقال: «ألم تَرَيْ أنَّ مُجَزِّزًا نظر آنفًا إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيدٍ فقال: إنَّ هذه الأقدام بعضها من بعضٍ»، متَّفقٌ عليه، ولوروده عن عمر ﷺ.

وعند الحنفيَّة: لا يثبت النَّسب بقول القافة؛ لما روى أبو هريرة ﷺ أنَّ رجلًا أتى النَّبيَّ ﷺ فقال: «إنَّ امرأتي وَلَدَتْ غلامًا أسود، فقال النَّبيُّ ﷺ: هل لك من إبلٍ؟ قال: نعم، قال: ما ألوانها؟ قال: حُمْرٌ، قال: فهل فيها من أَوْرَقَ؟ قال: نعم، قال ﷺ: فأنَّى هو؟ فقال: لعلَّه يا رسول الله يكون نزعه عرقٌ» فبيَّن ﷺ أن لا عبرة للشَّبه.

ولأنَّ القيافة كالكهانة في الذَّمِّ والحرمة؛ لأنَّ الشَّرع حصر دليل النَّسب في الفراش. [انظر: المبسوط ١٧/ ٧٠، مواهب الجليل ٥/ ٢٤٧، الفروق ٤/ ٩٩، نهاية المحتاج ٨/ ٣٧٥، المبدع ٨/ ١٣٦].

(٣) رواه عبد الرزاق (١٣٤٧٥)، والشافعي في مسنده (ص٣٣٠) من طريق معمر، عن الزهري، عن عروة بن الزبير أن رجلين ادعيا ولدًا، فدعا عمر القافة، واقتدى في ذلك ببصر القافة، وألحقه أحد الرجلين. قال ابن حجر: (عروة عن عمر منقطع)، ولكن قال ابن القيم: (وإسناده صحيح متصل، فقد لقي عروة عمر، واعتمر معه)، وصحح ابن الملقن والألباني معناه عن عمر من طرق أخرى. [انظر: الطرق الحكمية ص١٨٣، البدر المنير ٧/ ١٧٧، التلخيص

وإنْ ألحقَتْهُ باثنينِ فأكثرَ؛ لحِقَ بهم[١].

وإن ألحقَتْهُ بكافرٍ أو أمَةٍ؛ لم يُحكَمْ بكفرِهِ ولا رِقِّهِ[٢].

ولا يُلحَقُ بأكثرَ مِن أمٍّ[٣].

والقافَةُ: قومٌ يَعرِفون الأنسابَ بالشَّبَهِ، ولا يختَصُّ ذلك بقبيلةٍ معيَّنةٍ[٤]، ويَكفي واحِدٌ[٥].

الحبير ٤/ ٥٠١، الإرواء ٦/ ٢٥].

(١) وهذا هو المذهب، ويكون ابنًا لهم يرثهم ميراث ابنٍ، ويرثونه جميعًا ميراث أبٍ واحدٍ، لما ورد عن عمر ﵁ في امرأةٍ وطئها رجلان في طهرٍ، فقال القائف: «قد اشتركا فيه جميعًا» فجعله بينهما، رواه البيهقيُّ في سننه الكبرى ١٠/ ٢٦٣، والطَّحاويُّ ٢/ ٢٩٢، وإسناده صحيحٌ.

وعند الشَّافعيَّة: إن ألحقته القافة بأحدهما لحق به، وإن ألحقته بهما يسقط قولهما، ولا يلحق بهما ويترك حتَّى يبلغ، فإذا بلغ أُمِر بالانتساب إلى من يميل طبعه إليه، فمن انتسب إليه منهما لحق به؛ لما ورد أنَّ رجلين ادَّعيا رجلًا لا يُدرى أيُّهما أبوه، فقال عمر ﵁: «اتَّبع أيَّهما شئت»، رواه البيهقيُّ ١٠/ ٢٦٣، وصحَّحه.

ولأنَّ الله سبحانه قد أجرى عادته أنَّ للولد أبًا واحدًا وأمًّا واحدةً.

(٢) ويلحق به نسبًا، ولا يلزم من لحوق النَّسب لحوق الدِّين والرِّقِّ.

(٣) لأنَّه محالٌ، فلا يجوز الحكم به.

(٤) كبني مُدلِجٍ، بل من عرف منه المعرفة بذلك، وتكرَّرت منه الإصابة؛ فهو قائفٌ.

(٥) فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: أنَّه لا يشترط التَّعدُّد في القيافة؛ لما تقدَّم من حديث عائشة ﵂، ولأنَّه من باب الخبر.

وعن الإمام مالكٍ: اشتراطه كالشَّهادة. [انظر: المصادر السَّابقة، تبصرة

وشَرْطُهُ: أن يَكونَ ذَكرًا، عَدلًا[(١)]، مُجرَّبًا في الإصابةِ[(٢)]، ويَكفي مجرَّدُ خَبَرِه[(٣)].

وكذا إن وَطِئ اثنانِ امرأةً بشبهةٍ في طُهرٍ واحِدٍ، وأتتْ بولدٍ يُمكِنُ أن يَكونَ مِنهما[(٤)].

  

الحكَّام ٢/ ١٠٨].

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشَّافعيَّة: اشتراط الذُّكورة والعدالة كالحاكم.
وفي قولٍ للشَّافعيَّة والحنابلة: عدم اشتراطهما. [انظر: مغني المحتاج ٤/ ٨٨، المبدع ٥/ ٣١٠].

(٢) نصَّ عليه الشَّافعيَّة، والحنابلة؛ لأنَّه أمرٌ علميٌّ، فلا بدَّ من العلم بعلمه له، وطريقه التَّجربة فيه، ويكفي أن يكون مشهورًا بالإصابة، وصحَّة المعرفة.

(٣) ولا تشترط الشَّهادة، وذكر ابن القيِّم: أنَّ الشَّاهد مخبرٌ، وأنَّ المخبر شاهدٌ، وأنَّ الشَّرع لم يفرِّق بينهما. [انظر: الطُّرق الحكميَّة ص ٢٢٢].

(٤) أُرِيَ القافةَ، سواءٌ ادَّعياه، أو جحداه، أو أحدهما.

فهرس الموضوعات